

THÈSE DE
PARIS,
1888
N^o. 60.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE

DROIT FRANÇAIS

É T U D E

SUR L'ORIGINE DE LA MAXIME

*Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt
ad excipiendum*

et son application actuelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Valéry GISCARD

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE PARIS ET DU CONCOURS GÉNÉRAL

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE

DROIT FRANÇAIS

É T U D E

SUR L'ORIGINE DE LA MAXIME

*Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt
ad excipiendum*

et son application actuelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le jeudi 19 avril 1888, à midi

PAR

Valéry GISCARD

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE PARIS ET DU CONCOURS GÉNÉRAL

Président : M. LABBÉ, professeur

Suffragants. { MM. DEMANTE, professeur.
 { JOBBÉ-DUVAL } agrégés.
 { LARNAUDE }

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

A LA MÉMOIRE

DE

MA MÈRE

MEIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE

INTRODUCTION

L'objet d'une obligation peut être indiqué d'une façon plus ou moins précise au moment où elle se forme. Partant de l'obligation absolument déterminée, l'obligation de donner un corps certain, et avant d'arriver à celle dont l'objet n'est désigné que par ses caractères, au premier degré pour ainsi dire de l'indétermination, on trouve l'obligation qui doit porter, suivant un événement ultérieur, ordinairement la volonté de l'une ou l'autre partie, quelquefois la volonté d'un tiers, sur l'une de plusieurs prestations énumérées lors de sa naissance. Ces différentes prestations, nous n'en supposerons que deux pour la commodité du langage, peuvent être de même

nature ou de nature diverse; elles seront ordinairement d'égale valeur, mais le contraire n'est pas sans exemple (1).

Les Romains n'ont pas donné de nom particulier à la modalité que nous nous proposons d'étudier, ils l'indiquent toujours par des exemples, et cela n'a rien d'étonnant pour qui connaît leur méthode toute pratique et concrète. Combien de dénominations abstraites, combien de classifications juridiques étaient inconnues des jurisconsultes romains quoique les idées auxquelles elles correspondent ne leur fussent pas étrangères?

Les Glossateurs ont les premiers employé l'expression *alternativa obligatio* (2), universellement reçue aujourd'hui. Est-il bien nécessaire de remarquer, avec quelques auteurs, que l'obligation elle-même n'est pas, à proprement parler, alternative, mais qu'elle porte sur plusieurs objets alternativement promis? La commodité du langage justifie l'emploi d'une expression qui a le mérite d'être courte sans être le moins du monde inexacte. On peut, en effet, appliquer à l'obligation toute qualification (3) qui convient à son objet comme dans les locutions juridiques suivantes, *obligatio generis, speciei, certa, incerta*, pour obligation dont l'objet est un *genus*, une *species*, un *certum*, un *incertum*. Je crois plus

(1) L. 55, D., 9-2.

(2) Le mot *alternativus* n'est pas latin, mais on trouve dans la langue latine des mots de même étymologie : *alternare, alternatim, alternatio*.

(3) Nous n'entendons parler que des qualifications juridiques.

utile de dire, après d'autres du reste, que les Romains, s'ils eussent voulu donner à notre obligation une dénomination abstraite, auraient probablement adopté celle de *disjunctiva obligatio*, car ils employaient l'adjectif *disjunctivus* dans des cas présentant avec celui dont nous nous occupons une grande analogie. Nous trouvons dans les sources les locutions, *duabus disjunctivis conditionibus* et *disjunctivo modo conditionibus adscriptis*, pour indiquer deux conditions qui suppléent l'une à l'autre, et aussi *disjunctiva oratio* pour qualifier la forme de langage *ille aut ille* (1). Le terme *disjunctiva obligatio* aurait eu l'avantage de convenir également à toutes les hypothèses, tandis que celui d'*alternativa obligatio* semble viser d'une manière particulière l'hypothèse dans laquelle il n'y a que deux objets soumis au choix.

Cette dissertation a pour but d'étudier l'obligation alternative, non toutes les situations juridiques qui donnent à la volonté humaine l'occasion de s'exercer par un choix, *alternativa personarum remediorum, poenarum* etc. (2). Savigny affirme qu'aucun bien n'existe entre ces différents cas rapprochés par d'anciens docteurs (3). Peut-être la science allemande est-elle aujourd'hui plus avancée, car un de ses adeptes vient d'entreprendre un ouvrage sur la

(1) L. 63, D., 45-1; l. 78, § 1, D., 35-1; l. 124, D., 50-16.

(2) Comp. *Hertius dissertatio de electione... Comment. et opusc.* Vol. 1, p. 234.

(3) *Oblig.* trad. Gérardin et Jozon, t. 1, p. 422, note d.

volonté alternative et les rapports de droit alternatifs (1), travail qui, à moins de manquer à son titre, devra avoir pour base ou pour conclusion quelque puissante synthèse?

(1) *Bernstein Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften.*

CHAPITRE PREMIER

Nature de l'obligation alternative.

SECTION I^{re}. — Caractère général de l'obligation alternative.

L'obligation alternative résulte de toute formule d'obligation comprenant plusieurs objets sous une particule disjonctive — donner, faire telle chose ou telle autre. — Plusieurs prestations sont indiquées, mais l'accomplissement d'une seule pourra être exigé. Paul s'exprime au sujet de cette hypothèse de la façon suivante : *Ubi verba conjuncta non sunt sufficit alterutrum esse factum* (1).

Il importe au plus haut point de déterminer la place exacte qu'occupe l'obligation alternative, donner tel ou tel objet entre l'obligation de corps certain, donner tel objet, et l'obligation de genre, donner un objet de telle nature (2). On voit tout de suite que l'obligation

(1) L. 110, § 3, D., 50-17.

(2) Nous empruntons nos exemples à la matière des obligations de donner, mais il est nécessaire de remarquer que l'obligation

alternative diffère de l'obligation de corps certain par la possibilité d'un choix et de l'obligation de genre indéfini par la limitation de la faculté de choisir. Mais nous pouvons supposer un genre tellement restreint par sa nature même, les autographes d'un personnage illustre, les manuscrits d'un ouvrage, ou par la volonté des parties, les esclaves de la villa de Minturnes, les chevaux de telle écurie, qu'on puisse facilement connaître et compter tous les objets qui le composent, un *genus subalternum*, suivant l'expression de Dumoulin (1).

L'obligation portant sur un objet à prendre dans un genre ainsi limité se confondra-t-elle avec l'obligation alternative? Non, car, dans l'obligation *generis limitati*, les choses ne sont pas, comme dans l'alternative, l'objet d'un dénombrement exprès, circonstance qui entraîne à plusieurs points de vue l'application de principes différents, au moins en matière de stipulation. C'est par cette idée que nous expliquerons différentes décisions données par les textes et qui paraissent au premier abord singulières. L'une se rapporte à l'application de la règle qu'on ne peut stipuler *dari rem suam*, l'autre à l'effet du pacte *de non petendo*.

alternative peut porter sur deux faits autres que le *datio*, par exemple, faire une copie de tel ou tel tableau. Elle se place alors entre l'obligation portant sur un fait déterminé — copier tel tableau — et l'obligation d'un fait indéterminé — copier un tableau quelconque dans certaines conditions — comme l'obligation de donner une chose ou une autre entre celle de donner un corps certain et celle de donner un *genus*.

(1) *Extrictio labyrinthi. div. et indiv. pars 2, n° 156.*

Première décision. — Je stipule Stichus et Pamphile, ignorant que Stichus m'appartient déjà, l'obligation se restreint à Pamphile parce qu'on ne peut valablement stipuler *dari rem suam* et, en conséquence, le débiteur ne pourra pas se libérer en donnant Stichus, si cet esclave a cessé de m'appartenir. C'est ce que décident la loi 128, D., 45-1, et la loi 72, § 4, D., 46-3, dans sa première partie. La deuxième partie de ce dernier texte dit, au contraire, que le débiteur d'un esclave *in genere* peut payer un esclave qui appartenait au créancier, lors du contrat. Ainsi pour savoir quel doit être l'objet du paiement, on se place, au moment même du paiement, dans le cas d'obligation de genre, et au moment du contrat, dans le cas d'obligation alternative. Dumoulin dit, à ce propos : *in obligatione alternativa respicitur tempus contractus*. Il en donne pour motif que dans ce cas, *utraque res per se et œque principaliter (licet alternatim) deducitur in dispositionem et obligationem* (1). Cette explication abstraite et scolastique devient claire et péremptoire, si on la présente en la complétant de la façon suivante : La formule alternative comporte un dénombrement exprès des objets entre lesquels le choix devra s'exercer ; si l'un d'eux appartient au stipulant la contradiction avec la règle qu'on ne peut stipuler *dari rem suam* apparaît manifeste. Donc l'obligation ne pourra pas naître en tant qu'elle devait porter sur l'un des objets et se restreindra à l'autre. Il importe peu que la propriété du stipulant ait cessé

(1) *Loco citato*, n° 157.

par la suite, car les événements ultérieurs sont sans influence sur la validité d'un acte juridique originairement nul. En conséquence l'objet qui n'a pas été valablement promis ne saurait être payé, nous entendons, exigé par le créancier ou imposé par le débiteur comme objet du paiement. Au contraire, la formule de l'obligation de genre a un caractère vague, elle ne porte sur aucun objet en particulier. Il suffit donc que le genre existe et qu'il puisse être stipulé, pour que l'obligation soit valable. La seule préoccupation qu'on doive avoir lors du paiement, est de choisir un objet de l'espèce et de la qualité indiquées, pour ne léser ni l'une ni l'autre partie. En d'autres termes, dans toute stipulation qui précise les objets auxquels elle s'applique, l'objet du paiement doit avoir été valablement promis ; mais, dans l'obligation de genre, l'objet du paiement ne se confond pas avec l'objet de la promesse, il suffit qu'il réponde par sa nature et par ses qualités aux conditions du contrat.

Deuxième décision. — J'ai stipulé Stichus ou la somme de dix, je fais remise au débiteur de la somme de dix par un pacte *de non petendo*, l'obligation est éteinte, en sorte que je ne puis plus rien demander, ni la somme de dix, ni Stichus, nous dit la loi 27, § 6, D., 2-14. Il en serait autrement, d'après le paragraphe suivant de la même loi, dans le cas d'une obligation de genre et d'un pacte *de non petendo* portant sur l'une des choses du genre promis. La remise n'aurait alors d'autre effet que d'empêcher le créancier de demander l'objet sur lequel elle aurait porté : *Si genera-*

liter mihi hominem debeas, et paciscar, ne Stichum petam, Stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponetur, alium autem hominem si petam, recte agam. Ces derniers mots font antithèse à ceux du paragraphe précédent que nous reproduisons: *Exceptionem pacti conventi in totum obstaturam, nam... ita pacto quoque convento de unâ re non petendâ interposito totam obligationem summoverti.* Nous expliquerons cette double décision comme la précédente: la remise conventionnelle éteint l'obligation dans un cas, parce qu'elle porte sur un objet expressément affecté au paiement, et la laisse subsister dans l'autre cas, par le motif contraire.

Nous pouvons conclure de la discussion qui précède que l'obligation alternative et l'obligation de genre ne se confondent jamais absolument, si restreint qu'on suppose le genre. Elles ont cependant plus d'un point de contact, grâce au caractère fondamental qui leur est commun, l'indétermination d'objet avec sa conséquence logique, la nécessité du choix. L'obligation de genre limité diffère de l'obligation de genre indéfini en un point qui la rapproche de l'obligation alternative, la possibilité de la libération du débiteur par la perte des objets entre lesquels devait être pris l'objet du paiement.

L'indétermination originaire de l'obligation alternative fait naître la question suivante. Quelle est pendant la période d'incertitude qui précède le choix ou l'arrivée d'un événement équivalant au choix le caractère de l'obligation? A-t-elle deux objets ou n'en a-t-

elle qu'un ? Telle est la difficulté plus théorique que pratique qui a longtemps partagé les docteurs et n'est pas encore aujourd'hui complètement élucidée (1).

Certains auteurs donnent à cette controverse une importance exagérée. D'après M. Bernstein (2), elle serait le fonds même de la matière, chaque manière de voir entraînant toute une série de conséquences.

Il ne semble pourtant pas que les jurisconsultes romains aient jamais invoqué l'une ou l'autre doctrine pour résoudre leurs espèces. Nous ne voyons donc dans le débat qu'une question de langage. L'obligation alternative portant sur une chose à choisir dans un groupe, vaut-il mieux dire qu'elle a plusieurs objets ou qu'elle n'en a qu'un ? La deuxième opinion nous paraît incontestablement préférable. C'est la plus simple ; car il n'est pas naturel de dire que deux choses sont dues quand il suffit d'en payer une. J'ajouterai même qu'une doctrine dont telle est la formule n'est pas facile à comprendre. C'est encore la solution la plus en harmonie avec le langage de nombreux textes dans lesquels il est dit de l'objet choisi : *Solus erit in obligatione ; id in dote erit ; hæc erit emptæ* (3).

L'opinion contraire à la nôtre se heurte d'ailleurs à des textes formels relatifs à la novation d'une obligation simple par une obligation alternative, la loi 8, § 4 et la loi 26 D., 46-2.

(1) Demolombe, t. 26, n° 6.

(2) *Loco citato*, Einleitung.

(3) L. 112, pr. D., 45-1 ; l. 46, § 1, D., 23-3 ; l. 9, § 1, D., 25-5 ; l. 25, pr. D., 18-1 ; l. 106, D., 45-1 ; l. 20, *de leg.* 1° D. (30.)

Analysons les dispositions des deux textes cités. Je stipule de Tertius *decem quæ mihi Titius debet aut decem quæ Seius debet*, dans l'intention évidente d'opérer une novation par changement de débiteur. Les jurisconsultes Marcellus et Ulpien décident que la novation est possible et que l'obligation novée sera celle de Titius ou celle de Seius suivant que Tertius déclarera vouloir payer pour l'un ou pour l'autre: *neutrum liberari, sed Tertium eligere posse pro quo decem solvere velit* (1). Celsus résout de même une hypothèse analogue: *novatum utrumque non est, sed in potestate Attii est, pro quo velit solvere, et eum liberare* (2)... Etant donné que la novation suppose l'identité d'objet entre l'ancienne obligation et la nouvelle, les jurisconsultes en admettant qu'elle est possible proclament implicitement que l'obligation *quæ Titius aut quæ Seius debet* ou plus généralement que toute obligation alternative n'a qu'un objet, celui qui sera choisi. Si elle en avait deux, même provisoirement, les conditions de validité de la novation manqueraient.

Les arguments que nous venons d'exposer n'ont pas convaincu tout le monde. Beaucoup d'anciens docteurs dont on peut voir les noms dans Dumoulin (3), et divers auteurs modernes parmi lesquels nous citerons M. Puchta (4) et M. Demolombe (5) tiennent que les deux objets de l'obligation alternative sont

(1) L. 8, § 4.

(2) L. 26.

(3) *Loco citato*, n° 117 et suiv.

(4) *Vorselungen*, § 221.

(5) *Loco citato*.

dus. Ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'y a là qu'une diversité de langage, si on ne pousse pas les choses plus loin. Mais comme, en fin de compte, un seul objet doit être payé, les anciens auteurs ont fait appel à l'idée de condition (1), pour éliminer rétroactivement celui qui n'a pas été choisi, en sorte que le système se résume dans cette proposition : chaque objet est promis sous la condition qu'il sera choisi ou que l'autre ne le sera pas.

Une objection se présente à l'esprit à laquelle il n'a jamais été répondu, du moins d'une manière satisfaisante. Si, au cas d'obligation alternative, il y a autant d'objets *in obligatione* que d'objets compris dans la formule d'obligation, ne doit-on pas dire qu'au cas d'obligation de genre, il y a autant d'objets *in obligatione* que d'objets compris dans le genre ? Si chaque objet de l'alternative est promis sous condition, ne doit-on pas en dire autant de chaque objet du genre ? L'affirmative s'impose, mais c'est la condamnation du système. Comment admettre, en effet, qu'en promettant un cheval, j'aie promis conditionnellement tous les chevaux connus ou inconnus de moi qui existent ? Quelques anciens docteurs n'avaient pas reculé devant cette conséquence extrême. Personne n'ose plus les suivre aujourd'hui(2), mais c'est manquer de logique. Quand on donne deux objets à l'obligation qui doit s'éteindre par la prestation d'un seul, à moins de n'atta-

(1) Gothofredus sur la loi 16, D., 45-1.

(2) Demolombe, *loco citato*.

cher aucun sens sérieux à cette manière de parler, on est fatalement conduit à invoquer l'idée de condition, et à admettre que chacun des objets soumis à l'alternative est conditionnellement promis. Cela posé comment refuser d'étendre la même idée à l'obligation de genre ?

Que si nous regardons au fond de la doctrine, elle n'est pas plus acceptable. Le choix, nécessaire pour déterminer l'objet à payer parmi tous ceux qui peuvent l'être, diffère essentiellement de la condition, et par suite l'obligation alternative de l'obligation conditionnelle. La condition dépend du hasard ou de la partie à l'égard de laquelle elle est potestative, le choix est une obligation pour la partie à laquelle il appartient. Écoutez Gaïus: *Si sub conditione facta emptio est non poterit agi ut conditio impleatur* (1). Il faut joindre à ce texte la loi 115, § 2, D., 45-1. Papinien y décide, d'après Pégasus, que celui qui a stipulé sous condition n'a pas d'action tant que la condition n'est pas accomplie. Il ressort, au contraire, des sources que le créancier alternatif a une action pour forcer le débiteur à choisir. On peut voir, dans Gaïus (2) et aux *Instituts* (3), comment il devait, en ce cas, formuler son action et à quel danger il s'exposait en la formulant mal. La doctrine qui tend à assimiler l'alternative et la condition est évidemment quoiqu'implicitement condamnée en matière de legs par la loi 19, D., 33-5 :

(1) L. 41, pr. D., 18-1.

(2) *Comment.*, 4, § 53 b.

(3) Liv. 4, t. 6, § 33 d.

Illud aut illud, utrum elegerit legatarius, nullo a legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredem transmitti placuit. Le bénéfice du legs alternatif est acquis à l'héritier du légataire, bien que le légataire soit mort sans avoir choisi ; c'est donc que le choix n'équivaut pas à une condition. Sinon, en effet, le *dies cedens* n'arriverait qu'au moment où un objet serait choisi, et à partir de ce moment seulement le legs deviendrait transmissible.

Les anciens jurisconsultes, qui ont imaginé la théorie de la pluralité d'objets s'inspiraient de diverses lois (1). Ce sont d'abord celles que nous avons expliquées sur l'objet du paiement et l'effet du pacte *de non petendo* (voyez page 7 à 9). Chaque objet est dû, disaient-ils, puisqu'il doit remplir certaines conditions au moment de la naissance de l'obligation, par exemple, ne pas appartenir au stipulant à cette époque. Chaque objet est dû, disaient-ils également, puisque la remise qui en est faite éteint complètement la dette. Nous avons vu que ces deux solutions s'expliquent par un motif de pure forme, l'énumération expresse des objets dans la formule alternative. Il n'y a pas à y revenir. Puchta invoque encore aujourd'hui, à l'appui de la même opinion, les lois 3 et 5, § 2, D., 40-9, d'où il résulte que l'héritier qui doit un esclave *in genere* ou un esclave à choisir ne peut affranchir aucun des esclaves sur lesquels le choix peut porter.

La loi 3 suppose qu'un testateur a légué un esclave

(1) Zazius. *Respons. juris civilis*, lib. 2 *in fine*.

in genere ou l'option d'un esclave; elle décide que l'héritier ne peut affranchir aucun des esclaves de la succession. Est-ce parce que tous ces esclaves sont dus? Non, mais par la raison bien simple que les affranchissements diminueraient les droits du créancier au point de vue du choix : *Non potest heres... manumittendo... minuere jus electionis*. C'est seulement pour développer cette idée et sous forme de comparaison, que le jurisconsulte ajoute : *Nam optione, sive electione servi datà quodammodo singuli sub conditione legati videntur*. L'emploi du mot *quodammodo* ne laisse aucun doute à cet égard. Ainsi donc la loi 3 ne prouve pas que le legs de genre et le legs d'option aient autant d'objets qu'il y a de choses comprises dans le genre, ou de choses soumises à l'option. Par suite, on ne saurait tirer de ces textes un argument d'analogie pour établir que l'obligation alternative a autant d'objets qu'il y a de choses énumérées dans la formule.

Analysons maintenant la loi 5, § 2, D., 40-9.

Titius a promis de donner Stichus ou Pamphile ; s'il affranchit Stichus l'affranchissement sera nul en vertu de la loi *Ælia Sentia* comme fait en fraude du créancier. Cependant Titius était libre de garder Stichus en donnant Pamphile : *quamvis enim fuit in potestate Titii ut Pamphilum daret*. Pourquoi ne peut-il pas l'affranchir ? Parce qu'affranchir avant le paiement l'un des deux esclaves promis, c'est augmenter les chances d'extinction de la créance par cas fortuit : *Tamen quandiu eum (Pamphilum) non dederit,*

quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. Ce texte ne fournit pas à nos adversaires un meilleur argument que le texte précédent, il ne signifie pas que les deux esclaves sont dus mais seulement que le débiteur ne saurait par son fait rendre impossible ou incertaine l'exécution de son obligation.

En résumé, les deux lois que nous venons d'étudier s'expliquent par une même idée parfaitement claire. Les choses promises sous une alternative comme celles du genre promis forment un groupe, une classe d'objets qui peuvent se remplacer l'un l'autre au point de vue du paiement en sorte que l'obligation ne s'éteindra que par la perte de tous. Il ne peut donc être permis au débiteur de détruire ou même, au cas où il est tenu d'une action *bonæ fidei*, de laisser périr par sa faute un quelconque de ces objets. Le principe s'applique en théorie à l'obligation de genre, mais il perd, en cette matière beaucoup de son intérêt pratique à raison du nombre indéfini ou du moins très considérable d'objets ordinairement compris dans un genre.

C'est seulement dans le sens que nous venons d'indiquer qu'il est exact de dire, que tous les objets soumis à l'alternative sont également *in obligatione*, par opposition à une autre situation juridique que nous allons bientôt étudier, la *facultas alternativa*.

Nous avons encore plus d'une chose à dire, en ce qui concerne la nature de l'obligation alternative, avant la solution de l'alternative (1), pendant la période

(1) L'obligation alternative conserve souvent son caractère

plus ou moins longue que M. Bernstein appelle *Pendenz*, mais nous pensons qu'il faut en renvoyer l'explication après la théorie du *jus eligendi*.

SECTION II. — Comparaison de l'obligation alternative et de la *facultas alternativa*.

On compare toujours et on confond quelquefois (1) avec l'obligation alternative, ce que les anciens docteurs nomment *facultas alternativa* et les modernes obligation facultative. Il y a obligation facultative quand le créancier ne peut demander qu'une certaine chose, par exemple, un cheval ou un esclave, et que cependant le débiteur peut se libérer en en donnant une autre, par exemple, une somme d'argent. On dit dans ce cas, que la somme d'argent est *in facultate solutionis*, tandis que le cheval ou l'esclave sont *in obligatione*.

De cette notion découlent des différences nombreuses avec l'obligation alternative, nous les signalerons au cours de notre travail. Indiquons dès à présent la différence principale. L'obligation alternative ne s'éteint que par la perte de tous les objets entre

indéterminé jusqu'au moment où elle s'éteint; mais elle le perd quelquefois avant cet instant. Il y a alors deux périodes à distinguer : de la naissance de l'obligation à la solution de l'alternative et de la solution de l'alternative à celle de l'obligation.

(1) Savigny, *loco citato*, t. I, p. 427.

lesquels le choix doit s'exercer, l'obligation facultative s'éteint par la perte de l'objet qui seul pouvait être demandé.

On conçoit qu'une personne, en contractant une obligation, se réserve, dans son seul intérêt, le droit de donner une autre chose que la chose promise, la *facultas alternativa* dérivera donc quelquefois de la volonté des parties. Cet avantage peut aussi résulter de la loi, comme dans l'hypothèse prévue par les Constitutions 2 et 8, C, 4-44. L'acquéreur à vil prix n'est tenu que de subir l'annulation de la vente et de restituer la chose, mais il peut échapper à cette obligation en payant le complément du juste prix.

Nous aurons, dans la suite de notre étude, l'occasion de citer encore plusieurs cas, d'obligation facultative.

SECTION III. — Comparaison de l'obligation alternative et de l'obligation pénale.

L'obligation pénale présente une certaine analogie avec l'obligation alternative, la faculté pour l'une des parties de faire porter la dette à son gré sur une chose ou sur une autre. Le débiteur peut toujours éviter la peine en s'exécutant, ou rendre la peine exigible en ne s'exécutant pas. La peine étant devenue exigible, le créancier peut parfois demander suivant sa volonté la peine elle-même ou la prestation dont elle avait pour but de procurer l'accomplissement. Cependant

l'obligation alternative et l'obligation pénale ne se confondent pas, nous le montrerons par une comparaison minutieuse des effets de ces deux modalités.

L'obligation pénale est principale ou accessoire à un contrat. Lorsqu'elle est principale elle doit toujours sa naissance à la stipulation, seul mode général de donner effet à la volonté, et affecte la forme suivante : *Si Pamphilum non dederis centum dare spondes*. Comparons les effets de cette formule avec ceux de la formule alternative : *Pamphilum aut centum dare spondes*. Dans un cas comme dans l'autre le débiteur peut à son choix donner cent ou Pamphile. Mais, dans la première hypothèse, suivant l'opinion générale en droit romain (1), le créancier n'a pas d'action pour contraindre le débiteur à exécuter l'une des deux prestations, la peine de cent ne pourra être demandée qu'après l'arrivée d'un événement rendant impossible la prestation de Pamphile. Jusque-là le créancier n'a droit, ni à Pamphile parce qu'il n'a pas été promis, ni à la peine parce que la condition de son exigibilité n'est pas accomplie : *non ante committi stipulationem quam desisset posse Pamphilus dari*. Dans l'obligation *Pamphilum aut centum*, au contraire, le créancier peut agir pour forcer le débiteur à donner l'un ou l'autre (2). C'est là une différence déjà signalée entre l'obligation alternative et l'obligation conditionnelle en général. Sabinus (3), il est vrai, déclarait

(1) L. 115, § 2, D., 45-1.

(2) *Instituts*, § 33 d, 4-6.

(3) L. 115, § 2, D., 45-1.

la peine exigible : *postquam homo potuit dari*. Suivant cette opinion, d'ailleurs isolée, la différence indiquée par nous disparaît, mais elle est remplacée par une autre. Si Sabinus, en effet, permet au créancier de réclamer la peine dès que la condition a pu être accomplie, c'est évidemment parce qu'il considère que, dans l'intention des parties, Pamphile devait être donné et que la peine était seulement un moyen de contrainte. La conséquence évidente est que la peine ne serait pas exigible si la prestation de Pamphile était devenue impossible sans la faute du débiteur : *tamdiu ex stipulatione non posse agi quamdiu per promissorem non stetit quominus hominem daret*, tandis qu'au cas d'obligation alternative il faudrait donner la somme malgré la perte fortuite de l'esclave.

Souvent, pour assurer l'exécution d'un contrat, les parties y ajoutent la promesse d'une peine, soit au moyen d'une stipulation, soit au moyen d'un pacte adjoint. La peine, en général, ne peut pas être exigée concurremment avec l'objet principal. Supposons qu'après avoir promis ou vendu l'esclave Pamphile une personne se soit engagée à payer une certaine somme à titre de peine en cas d'inexécution. Pamphile n'étant pas livré dans les conditions du contrat, le créancier pourra, d'après l'opinion la plus répandue (1), demander à son choix Pamphile ou la peine, solution contraire (2) à celle donnée sur l'attribution du droit

(1) L. 41, 42 et 71 pr. D., 17-2; l. 28, D., 19-1.

(2) Cependant le débiteur peut encore échapper à la peine en accomplissant la prestation promise et cela jusqu'à la *litis-contestatio*. L. 21, § 12, D., 4-8.

de choisir dans l'hypothèse d'obligation alternative. Certains auteurs, s'inspirant de la loi 44, § 6, D., 44-7 et de l'idée que la peine est une sanction convenue, ne permettent au créancier que de réclamer la peine. L'obligation pénale accessoire ne diffère plus alors de l'obligation alternative que, comme l'obligation pénale principale en diffère, dans l'opinion de Sabinus, par l'effet libératoire de la perte de la chose dont la prestation était garantie au moyen de la peine.

Terminons en signalant une dernière différence entre l'obligation pénale principale ou accessoire et l'obligation alternative. Lorsque les parties sont convenues d'une peine pour le cas de non accomplissement d'un fait illicite promis ou simplement mis *in conditione*, le créancier ne peut exiger ni l'accomplissement du fait ni le paiement de la peine. Il en serait autrement si le débiteur avait promis *disjunctivo modo* un fait licite et un fait illicite; le créancier pourrait exiger l'accomplissement du fait licite (1). Cependant l'obligation alternative ne produirait pas plus d'effet que l'obligation pénale si elle apparaissait comme un moyen détourné d'atteindre un but contraire à la morale ou aux lois. C'est là une question de fait pour la solution de laquelle le juge s'inspirera des circonstances de la cause. Si l'un des deux objets était une somme d'argent, l'autre un fait évidemment illicite, l'intention de déguiser une obligation pénale sous la forme alternative serait certaine et l'opération nulle.

(1) *Arg.* des lois 128, L., 45-1 et 72, § 4, D., 46-3

CHAPITRE II

Sources de l'obligation alternative

Le legs *per damnationem* et le contrat *verbis* sont les sources ordinaires de l'obligation alternative ; nous en trouvons aussi quelques exemples en matière de vente. On concevrait parfaitement un mandat de faire ceci ou cela, une société dans laquelle l'un des associés s'engagerait à apporter telle chose ou telle autre, un louage, un échange ou un contrat innommé quelconque affectés d'alternative ; le contrat *litteris* et les contrats *re* seuls ne comportent pas cette modalité.

Certains auteurs ont cru trouver des obligations alternatives naissant de la loi dans divers cas que nous allons passer en revue.

Premier cas. — Il s'agit de l'espèce prévue par la loi 17, § 5, D., 13-6 tirée des *Œuvres de Paul*. Le commodataire a perdu la chose qui lui avait été prêtée et en a payé la valeur au commodant. Ce dernier ayant ensuite recouvré la chose, le texte décide qu'il sera tenu de la rendre ou la valeur qu'il a reçue et cela par l'action *commodati contraria* : *contrario judicio aut rem mihi præstare te debere aut quod a me accepisti reddere*. On entend parfois ce texte comme imposant

une obligation alternative au commodant, mais, ainsi entendu il serait en contradiction avec un autre texte. Ulpien (1) suppose qu'un dégraisseur a perdu les vêtements qu'on lui avait confiés et qu'après en avoir reçu le prix, le propriétaire les a retrouvés. Il ne donne au dégraisseur que le droit de réclamer le prix, soit par l'action du contrat, soit par la *condictio sine causâ*. Le seul moyen de mettre les deux textes d'accord, c'est de sous-entendre dans le second la faculté de rendre la chose et d'admettre que, dans le premier, la formule disjonctive n'indique pas une véritable obligation alternative, mais seulement la possibilité pour le débiteur de se libérer à son choix, par la restitution de la chose ou par la restitution du prix. L'intérêt pratique de cette discussion n'a trait qu'à la procédure, à la manière de rédiger la formule d'action. Il importe d'ordinaire de distinguer l'obligation alternative de l'obligation facultative en vue du cas de perte de l'une des deux choses, mais cet intérêt disparaît ici à raison du caractère impérissable de celui des deux objets qui est *in obligatione* dans l'hypothèse admise par nous d'une simple obligation facultative.

Deuxième cas. — Les délits commis par les personnes en puissance mettent le *paterfamilias* ou le maître dans la nécessité d'exercer un choix. Il faut qu'il fasse l'abandon noxal du délinquant (*noxæ deductio*) ou qu'il paie une somme d'argent représentant à

(1) L. 2, D., 12-7.

la fois le préjudice causé et l'amende (*litis æstimatio*) (1).

La même situation est faite au propriétaire, lorsqu'un animal lui appartenant a causé un dommage à un tiers (2).

Quelle est la nature de l'obligation du *paterfamilias* du maître ou du propriétaire dans ces trois hypothèses ? Est-elle alternative ou facultative ? Il nous semble que c'est une obligation facultative dans laquelle la *noxæ deditio* est *in obligatione*, tandis que la *litis æstimatio* est seulement *in facultate solutionis*. Cela résulte de la règle *Noxa caput sequitur*, tant de fois proclamée par les textes (3).

Mon esclave commet un délit, l'action noxale tant que je le possède sera dirigée contre moi. Il s'enfuit ou meurt, je suis libéré. Il tombe en la puissance d'un autre maître, c'est ce dernier qui sera poursuivi. Si l'esclave devient libre, une action directe est donnée contre lui, l'action noxale est éteinte. Donc, je ne suis tenu que de la *noxæ deditio* et le paiement de la *litis æstimatio* constitue pour moi une simple faculté.

Si l'obligation était alternative, la perte de l'un des objets me laisserait tenu de fournir l'autre ; l'obligation deviendrait pure et simple, mais elle ne disparaîtrait pas.

On a prétendu renverser les termes de la proposition que nous avons émise (4).

(1) Gaius, *Comm.* 4, § 75; *Instituts*, liv. 4, t. 8, pr.

(2) L. 1, pr. D., 9-1 et *Instituts*, liv. 4, t. 9, pr.

(3) Gaius, *Comm.*, 4, § 77; *Instituts*, liv. 4, t. 8, § 5.

(4) Karlowa, *Der römische Civilprozess*, p. 120.

La *litis æstimatio* serait *in obligatione* et la *noxæ deditio* seulement *in facultate solutionis*. Comment concilier un pareil système avec la règle *noxæ caput sequitur* ?

D'ailleurs, les textes invoqués en ce sens ne fournissent pas d'argument sérieux. Ils paraissent sans doute mettre au premier rang l'obligation de payer la *litis æstimatio* et présenter la possibilité de la *noxæ deditio* comme une faveur ; mais ils visent en général l'obligation d'exécuter la condamnation prononcée, non celle qui résulte immédiatement du délit. Cette observation s'applique notamment aux lois 1, pr. D., 9-4, 20, § 5. D., 5-3 et 6, § 1, D., 42-1. Nous pouvons en outre opposer le langage différent de beaucoup d'autres textes parfois des mêmes auteurs (1).

Une autre doctrine est encore soutenue à laquelle M. Girard a cru devoir se rallier dans une étude sur les actions noxales (2). L'obligation qui résulte des délits commis par les personnes en puissance ou des dommages causés par les animaux est présentée comme alternative. Ce système se fonde d'abord sur ce que trois textes fondamentaux de la matière mettent l'abandon noxal sur la même ligne que le paiement de la *litis æstimatio* (3). Il en serait de même de la formule dont l'*intentio* portait *aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportere* (4). Nous répondrons à

(1) L. 2, pr. D., 9-4 ; l. 2, D., 2-10.

(2) *Revue historique*,.... 1887, p. 443 et suiv.

(3) Gaius, *Comm.*, 4- § 75 ; *Instituts*, liv. 4, t. 8, pr. ; l. 1, D., 9-1.

(4) L. 1, § 11. D., 9-1, et Girard, *loco citato*, p. 444-5-6.

ces deux arguments que les Romains n'avaient pas de théorie générale sur l'obligation alternative et encore moins sur l'obligation facultative. Dans l'un comme dans l'autre cas l'objet du paiement doit être pris entre plusieurs, on comprend que les mêmes termes soient employés pour indiquer l'éventualité du choix. Ce sont les effets juridiques que nous devons examiner avec soin pour savoir à quel type il faut rapporter l'obligation dans nos classifications modernes. Or, la règle *noxa caput sequitur* tranche la question dans le sens de l'obligation facultative. M. Girard lui-même, le reconnaît : « Jusqu'à la *litis contestatio* elle (l'obligation née du délit) a pratiquement « les effets d'une créance où l'abandon noxal serait « *in obligatione* et l'amende seulement *in solutione*, « puisque le débiteur est libéré par l'impossibilité de « l'abandon noxal et qu'il peut se soustraire à cet « abandon en payant l'amende (1). » Il est vrai que l'auteur attribue le caractère alternatif à l'obligation après la *litis contestatio* par le motif que le maître ou le *paterfamilias* ne serait pas libéré lorsque l'abandon noxal devient impossible au cours de l'instance (2).

Mais, après la *litis contestatio*, il n'y a plus à rechercher la nature de l'obligation née du délit, car elle s'est éteinte et a été remplacée par une autre au moment du procès engagé (3). On peut seulement se demander si le défendeur doit toujours être condamné

(1) *Loco citato*, p. 449.

(2) L. 39, § 4 et 42, § 1, D., 9-4.

(3) Gaius, *Comm.*, 3, § 180.

litis contestatio. Or, il n'en est pas toujours ainsi ; le défendeur est libéré par la mort de l'esclave du fait d'un tiers, à la seule condition de céder son action (1). Il paraît également résulter des lois 21, pr. et 16, D., 9-4, que le défendeur échappe à toute condamnation lorsque, *pendente lite*, l'abandon noxal est devenu impossible sans son fait ni sa faute. Concluons donc que, même après l'introduction de l'instance, le maître ou le *paterfamilias* ne sont pas tenus d'une véritable obligation alternative, puisque leur obligation disparaît par la perte de l'une des deux choses.

Troisième cas. — Une personne enterre un mort dans un terrain qui ne lui appartient pas ; elle est tenue *aut tollere id quod intulit, aut loci pretium præstare* (2). Nous pensons que là encore il s'agit d'un cas d'obligation facultative. Bien que l'obligation alternative, en effet, ne puisse dériver que de la formule disjonctive, elle n'en résulte pas nécessairement, comme nous l'avons déjà expliqué. Cela posé, n'est-il pas juste d'admettre que l'auteur du dommage sera libéré par l'enlèvement du corps ou sa disparition fortuite. Du reste, les textes ne donnent pas au propriétaire du terrain une action conçue dans la forme disjonctive. Deux moyens lui sont offerts. D'après la loi 2, § 2, D., 11-7, le prêteur accorde une action *in factum* contre l'auteur de l'ensevelissement ; d'après la loi 8, pr., au même titre, le propriétaire du terrain par cela seul qu'il aurait dû l'être au moment de la

(1) L. 1, § 16, D., 9-1.

(2) Loi 7, D., 11-7.

peut enlever le cadavre, mais, suivant l'opinion de Labéon, il faut qu'il obtienne l'autorisation des magistrats. Ces deux lois ayant été tirées l'une et l'autre du livre XXV du commentaire d'Ulpien sur l'édit, il faut trouver une explication qui les mette d'accord. Voici celle que nous proposons. Le droit du propriétaire est de rentrer dans l'intégrité de son bien, il obtiendra l'enlèvement du cadavre, tel est le droit rigoureux. On voit même que la nécessité d'une autorisation pour enlever le cadavre avait été contestée. Plus tard le prêteur crée une action *in factum* tendant à la réparation du dommage causé. Mais, que l'auteur de l'ensevelissement soit poursuivi en enlèvement du cadavre, il sera admis à l'éviter en payant la valeur du terrain; qu'il soit poursuivi par l'action *in factum*, il pourra se soustraire à la condamnation en enlevant le cadavre.

Ainsi, l'auteur du dommage a le choix entre deux partis: payer ou enlever; c'est ce que veut dire la loi 7, en le déclarant tenu *aut tollere id quod intulit aut loci pretium præstare*; mais l'enlèvement du cadavre est seul *in obligatione*, car le prêteur ne donnerait pas l'action *in factum* si le préjudice avait cessé par suite d'un événement quelconque.

CHAPITRE III

Du *jus eligendi* et de quelques points qui s'y rattachent.

Nous avons vu que l'objet de l'obligation alternative, d'abord incertain, doit être ultérieurement déterminé par un choix ; nous devons rechercher à qui appartient le droit de choisir et quelles en sont les conditions d'exercice.

SECTION I^{re}. — A qui appartient le *jus eligendi*.

C'est une idée vulgaire que les termes d'une convention doivent être interprétés en faveur de celui qui s'oblige et contre celui qui devient créancier. Gaïus (1) formule la règle en ces termes : *Favorabiliores rei potius quam actores habentur*, et Ulpien (2) de la façon suivante : *In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*. Celsus (3) en donne le motif en quelques mots : *Quia*

(1) L. 125, D., 50-17.

(2) L. 38, § 18, D., 45-1.

(3) L. 99, D., 45-1.

stipulatori liberum fuit verba late concipere, raison qui est surtout vraie en matière de stipulation, le débiteur ne faisant que répondre à la question formulée par le créancier, souvent sans en répéter les termes (1).

Ajoutons que, dans bien des cas, le débiteur s'est trouvé à la merci du créancier au moment du contrat, d'où on peut conclure que les dispositions en sont toujours assez et jamais trop peu compréhensives. Enfin, pour donner une raison qui comprenne toutes les autres et s'applique à tous les cas, nous dirons : l'obligation étant un lien par lequel une personne est exceptionnellement assujettie à une autre, l'assujettissement ne saurait dépasser la portée certaine des termes employés dans le contrat d'où elle dérive. Au-delà subsiste, pleine et entière, l'indépendance antérieure des parties l'une à l'égard de l'autre.

Appliqués à l'hypothèse d'une obligation portant sur un objet indéterminé, les principes que nous avons exposés, conduisent à cette conclusion : le choix, indispensable pour la détermination précise de l'objet dû, appartient au débiteur, s'il n'a été expressément réservé au créancier. De nombreuses lois font l'application de cette règle : il nous suffira de citer, comme attribuant le choix au débiteur dans le silence du contrat, les lois 106 et 138, § 1, D., 45-1, 34 § 6, et 25, pr. D., 18-17, 10, § 6, D., 23-3. En général, le choix est réservé directement au créancier par l'insertion des

(1) L. 1, p. 2, D., 45-1.

mots *quem volam, quem voluero* (1) et autres semblables dans la convention qui donne naissance à l'obligation ; il est quelquefois réservé indirectement par une certaine manière de rédiger le contrat, par exemple, la stipulation.

Les règles que le droit romain suit au sujet du droit de choisir, en matière de contrat, s'appliquent-elles aussi en matière de legs alternatifs ? Quelques auteurs pensent que non, et attribuent, en conséquence, l'avantage du choix au légataire créancier du legs au lieu de l'attribuer à l'héritier qui en est débiteur. A l'appui de cette opinion on a invoqué, autrefois, un assez grand nombre de lois, que nous écarterons par une simple observation, savoir : qu'elles visent l'hypothèse du legs alternatif *per vindicationem*, du legs de propriété, mais non du legs créateur d'obligation dont les règles sont absolument différentes au point de vue du droit de choisir.

La doctrine classique est très nettement exposée par Ulpien à propos du legs d'option : « *Optione autem legati per vindicationem datâ... legatarii est electio... Si vero per damnationem heredis electio est quem velit dare* (2). »

On objecte que plusieurs textes du Digeste (3) et un passage des *Instituts* (4) accordent au légataire de genre le droit de déterminer l'objet de son legs. Voici ce que nous avons à répondre. Justinien, ayant donné

(1) L. 112, pr. D., 45-1.

(2) *Règles* d'Ulpien, § 14, t. 24.

(3) L. 71, pr. de leg. 1^{re} D., (30) ; l. 2, § 2, D., 33-5.

(4) § 22, liv. 2, t. 20.

dans la mesure du possible à tous les légataires une action réelle a cru devoir leur attribuer tous les droits qui découlaient de l'ancien *legs per vindicationem*, par conséquent, en notre matière, le droit de choisir. Les textes des jurisconsultes insérés au Digeste ont donc été modifiés et celui des Instituts rédigé en vue de ce résultat. Ainsi, dans le droit de Justinien, le légataire est investi du *jus eligendi* parce qu'il a la revendication et pour cela seulement. Nous sommes conduits par là à rendre le choix à l'héritier débiteur du legs, conformément aux anciens principes, lorsqu'exceptionnellement le légataire ne pourra se présenter que comme créancier. C'est ce qui arrivera, même dans le droit de Justinien, lorsque les objets légués ne se trouveront pas dans la succession.

SECTION II. — Du *jus variandi*.

La personne à laquelle appartient le *jus eligendi* peut-elle revenir sur un choix déjà fait, et si oui, jusqu'à quel moment le peut-elle? Nous ne pouvons répondre à cette question qu'en faisant plusieurs distinctions.

A. — L'OBLIGATION DÉRIVE DE LA STIPULATION

Si le contrat est muet sur ce point, le choix appartient au débiteur, qui pourra revenir sur sa volonté jusqu'au paiement ou jusqu'à l'exécution de la sentence. *Cum pure stipulatus sum illud aut illud...*, dit

la loi 138, § 1, D., 45-1, *licebit tibi quotiens voles mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis...*

La loi 106, au même titre, donne la même décision pour le cas d'une obligation de genre et précise encore davantage : *tamdiù autem voluntas promissoris in pendentis est, quamdiu id quod promissum est solvatur.*

Si le choix a été réservé au créancier, Pomponius (1) distingue suivant que la réserve a été faite dans la forme *quem voluero* ou dans la forme *quem volam*. Le créancier qui a employé le futur simple peut seul varier dans son choix et il jouit de cette faculté jusqu'au paiement volontaire ou jusqu'à la délivrance de la formule : *donec iudicium dictet*.

Doneau (2) développe ainsi le sens de la distinction établie par Pomponius :

Hoc verbum volam tractum habet futuri temporis... at illud voluero habet significationem præteriti temporis, quod tunc declaretur postea, cum stipulator voluerit.

Il y a là une analyse subtile, mais au fond exacte, de la formule d'obligation sur laquelle sera calquée la formule d'action en cas de procès. A les entendre rigoureusement les mots *quem voluero* indiquent seulement que le débiteur devra payer l'objet choisi par le créancier, tandis que les mots *quem volam* indiquent qu'il devra payer l'objet choisi par le créancier au moment même de l'exécution.

(1) L. 112, pr. D., 45-1.

(2) *Opera omnia*, t. 4, col. 20-1.

Examinons une dernière hypothèse : le choix a été expressément accordé au débiteur. Il faudra s'attacher encore à la distinction du futur simple et du futur antérieur ; car le sens des mots ne saurait différer suivant qu'il s'agit du créancier ou du débiteur. Pour l'un comme pour l'autre il est exact de dire que le futur antérieur fait allusion à la volonté une fois manifestée et que le futur simple fait allusion à la volonté concomitante à l'exécution. Il résulte d'ailleurs de la loi 138, § 1, D., 45-1, que les règles sur le *jus variandi* ne sont pas les mêmes dans l'hypothèse d'un contrat muet sur le *jus eligendi* et dans celle où ce dernier droit a été explicitement réservé au débiteur : *quia diversa causa est voluntatis expressæ et ejus quæ inest*.

B. — L'OBLIGATION DÉRIVE D'UN CONTRAT DE BONNE FOI.

Les formules n'ont plus ici d'importance, aussi les principes de la loi 112 ne sauraient être appliqués avec rigueur, la question de l'existence et de l'étendue du *jus variandi* dépendra surtout de l'intention des parties.

Nous ne partageons pas l'opinion suivant laquelle le *jus variandi* fondé seulement sur les principes arbitraires de la stipulation serait trop contraire à la bonne foi pour qu'on pût l'admettre dans des rapports juridiques où avant tout la bonne foi doit régner. Ihering (1)

(1) *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. 1, p. 32.

prétend le prouver par l'exemple suivant. Une personne doit de l'argent ou des marchandises à son choix ; elle déclare qu'elle livrera les marchandises. En conséquence, le créancier prépare des moyens de transport, s'abstient d'acheter, revend, etc..... Peut-on admettre que le débiteur après cela offre l'argent à la place des marchandises ? Non, sans doute, mais seulement parce qu'il serait injuste de l'autoriser à revenir sur un choix librement émis après que le créancier a pris et dû prendre des dispositions en vue de ce choix. Le juge, en cette matière, a des pouvoirs assez larges pour concilier facilement l'exercice du *jus variandi* avec l'équité et les besoins de la pratique.

Il faut aller plus loin et décider que dans l'hypothèse même d'une obligation alternative née *verbis*, l'insertion dans la formule d'une exception ou d'une réplique permettrait d'empêcher que l'exercice du *jus variandi* ne causât à l'une des parties un préjudice injuste. L'exception (ou la réplique) sera celle de pacte ou celle de dol suivant que le choix aura été fait du commun accord des parties ou simplement notifié par l'une à l'autre. Celui-là seul perdra donc ses frais et ses démarches qui aura compté à la légère sur une simple intention manifestée par l'autre partie sans pacte, ni signification.

L'auteur allemand invoque à l'appui de son dire la loi 25 pr. D., 13-5. Cette loi refuse, il est vrai, au débiteur, le droit de revenir sur son choix, mais dans l'espèce il y a eu convention : *illud aut illud debuit, et constituit alterum*. Ainsi il n'y a aucun argument à tirer de

la loi 25 en faveur de la doctrine qui restreint le *jus variandi* au cas d'obligation alternative dérivant de la stipulation.

C. — LEGS ALTERNATIF

Les textes semblent écarter absolument le *jus variandi*. La loi (1), l. 84, § 9, *de leg.* 1^o D. (30), en effet, le refuse à l'héritier auquel le choix a été réservé dans la forme du futur simple *volet*, c'est-à-dire dans le cas où en matière de stipulation la réserve donnerait au débiteur ou au créancier la faculté de varier la plus étendue (2). On doit par analogie ou par *a fortiori* refuser le *jus variandi* dans toutes les autres hypothèses.

SECTION III. — Le *jus eligendi* est-il attaché
à la personne ?

Le droit de choisir passe aux héritiers du débiteur, que le choix lui appartint en vertu des principes généraux, dans le silence du contrat, ou qu'il lui eût été expressément réservé. Tout le monde est d'accord sur ce point.

(1) Comparer l. 5, pr. *de leg.* 1^o, D. (30).

(2) Voir p. 33, l'explication de la loi 112 pr. D., 45-1.

Il y a des difficultés au sujet du droit de choisir réservé au créancier. Passe-t-il à l'héritier, au légataire, au cessionnaire? Autant de questions controversées.

Doneau (1) se prononce pour la personnalité absolue du *jus eligendi*. Toute son argumentation repose sur la loi 76, D, 45-1 que nous allons transcrire.

« *Si stipulatus fuerim illud, aut illud, quod ego
« voluero, hæc electio personalis est, et ideo servo
« vel filio cohæret; in heredes tamen transit obli-
« gatio et ante electionem mortuo stipulatore.* »

Le choix est personnel, dit Doneau, telle est la règle générale posée par le texte. La solution donnée ensuite pour le cas où le choix a été réservé à une personne *alieni juris* n'en est qu'une conséquence particulière, l'emploi du mot *ideo* et la construction grammaticale de la phrase le prouvent. L'obligation est pure et simple, elle ne s'éteint donc pas par la mort du créancier, mais le droit de choisir est subordonné à la condition qu'il sera exercé par le créancier lui-même.

Nous ferons remarquer que rien n'autorise à décomposer, comme le fait Doneau, le droit du créancier en deux droits distincts dont l'un survivrait à l'autre. Le *jus eligendi* n'est qu'un des éléments de la créance dont il doit suivre le sort. Quant à la loi 76, elle se borne à faire une application de la règle *res facti non transeunt ad dominum* (2). Enfin, la loi 75, § dernier, *de leg.*, 1^o, D. (30) fournit contre le système exposé un

(1) Sur la loi 76, n^o 4 et 5.

(2) Comparer l. 141, D., 45-1.

argument qui paraît péremptoire. Le créancier alternatif auquel le choix appartenait a légué sa créance. Or, le texte décide que le légataire aura le droit de se faire céder les actions de l'héritier contre le débiteur et choisira l'objet qu'il voudra. Cela prouve que le droit de choisir ne disparaît pas par la mort du créancier, mais qu'il passe, au contraire, à l'héritier, en vertu de la *successio in universum jus*, et de l'héritier au légataire, en vertu de la cession d'actions. Suivant Doneau, le *jus eligendi* ne serait pas dans l'espèce l'objet d'une transmission véritable, car le défunt, en léguant ce qui lui était dû *modo disjunctivo*, aurait, pour ainsi dire, choisi d'avance la chose qui plaira à la personne gratifiée. Cette explication est trop subtile pour être exacte. Nous admettons donc avec un grand nombre d'auteurs anciens et modernes, que le *jus eligendi* passe à l'héritier et au légataire. On peut voir en ce sens Cujas (1) et Thibaut (2). Le motif donné par les auteurs est toujours le même, quoique diversement formulé. Ils invoquent la loi 76 et font remarquer que le droit de choisir étant un des éléments de la créance, doit se transmettre avec elle. Beaucoup d'auteurs, surtout parmi les modernes, vont plus loin et admettent la transmissibilité du *jus eligendi* au cessionnaire. *Transit etiam jus eligendi ad heredes et successores quosvis, adeoque etiam cedi potest*, dit Thomasius (3). Cette doctrine nous paraît la meilleure. En voici la

(1) Sur la loi 76.

(2) Systèm., § 84.

(3) *Dissertatio de obligatione ex promissione rei incertæ*, § 36.

raison. Le droit de choisir, d'après la loi 75, *de legatis*, passe au légataire ; or, le légataire n'est investi de la créance léguée que par une *procuratio in rem suam*, c'est-à-dire par une cession, qui ne diffère en rien de toute autre, sinon par sa cause. Il est donc logique, à moins d'accepter de la loi 75 l'explication étrange proposée par Doneau, d'étendre à la cession de créance en général la solution donnée par cette loi dans l'hypothèse d'une cession faite en exécution d'un legs.

SECTION IV. — Indivisibilité du *jus eligendi*.

On a parfois discuté sur le point de savoir si l'obligation alternative doit être rangée parmi les obligations divisibles ou parmi les obligations indivisibles. La vérité est qu'avant la solution de l'alternative, elle n'a souvent ni l'un ni l'autre caractère ; elle sera divisible ou indivisible suivant la nature de l'objet choisi. Au contraire, le caractère de l'obligation facultative est apparent dès sa naissance ; car il ne dépend que de la nature de la chose mise *in obligatione*.

Il y a toujours cependant quelque chose d'indivisible dans l'obligation alternative, c'est la faculté de choisir (1). Le débiteur ne peut offrir, le créancier ne peut exiger que l'un des deux objets tout entier, mais non une partie de chacun.

L'indivisibilité du *jus eligendi* ne fait pas obstacle à

(1) L. 2, § 1, D., 45-1. Comp. l. 26, § 14, D., 12-6, et l. 34, § 10, D., 46-3.

ce que le débiteur tenu de plusieurs prestations périodiques choisisse à chaque échéance la chose qu'il lui convient de payer. Cela résulte de la loi 21, § 6, D., 19-1, et avec d'autant plus de force que, dans l'espèce de cette loi, le droit du débiteur aurait pu être contesté pour des raisons particulières. Une maison est vendue, le vendeur se réserve le logement pendant toute sa vie, à moins que l'acheteur ne préfère lui servir une pension annuelle de mille sesterces. Trébatius et Paul autorisent l'acheteur à fournir chaque année, à son gré, le logement ou la pension : *mutandæ voluntatis potestatem eum habere, singulisque annis alterutrum præstare posse*. On aurait pu soutenir le contraire en se fondant sur la situation difficile, qui sera faite au vendeur par la possibilité du choix successif. Il ne pourra prendre de logement qu'à l'année et ne sera jamais fixé sur son sort en temps utile pour se pourvoir commodément.

Si la personne à laquelle appartient le *jus eligendi* meurt sans l'avoir exercé, ses héritiers devront s'entendre pour choisir un même objet qu'ils recevront ou fourniront ensuite chacun pour leur part s'il est de nature divisible.

Si les héritiers du débiteur ne peuvent s'entendre pour faire un même choix, ils seront condamnés, faute d'exécution (1).

Que s'il y a plusieurs héritiers du créancier en désaccord sur l'objet à choisir, l'obligation périra, et celui

(1) *Argument* de la loi 25. § 17, D., 10-2.

par la faute de qui cette perte sera arrivée devra indemniser les autres. C'est la décision de Paul à propos d'un legs de genre devenu caduc par le refus d'un des héritiers du légataire de consentir à la détermination de l'objet légué (1). Il est probable que d'autres solutions avaient été proposées, car Justinien (2) fait allusion à une controverse qui aurait existé sur ce point. Quant à lui, il décide que le choix sera exercé par un des co-créanciers, désigné par le sort : *Ut quem sors præterit, is quidem habeat potestatem eligendi*.

SECTION V. — Du cas où le choix a été laissé à la volonté d'un tiers

Nous avons laissé de côté jusqu'ici l'hypothèse assez rare dans laquelle le choix de l'objet de l'obligation aurait été laissé à l'arbitrage d'une tierce personne. Il nous semble alors que l'obligation a un caractère conditionnel, la condition étant que la personne désignée voudra et pourra manifester sa volonté. Le refus ou l'impossibilité de choisir de la part du tiers entraînerait donc la caducité de l'obligation. (3) Le créancier n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir accepté une clause pareille lorsque l'obligation était née d'un con-

(1) L. 25, § 17, D., 10-2.

(2) L. 3, pr. C., 6-43.

(3) Puchta *Vorlesungen*, t. 2, § 221.

trat. En matière de legs, au contraire, le créancier n'a pas pu veiller à ses intérêts. Par cette considération on pourrait être amené à maintenir le legs en en faisant déterminer l'objet par experts. D'autre part, le testateur avait peut-être un motif sérieux de remettre le choix à la personne qu'il a désignée ; c'est une raison de s'en tenir strictement à la condition du legs. Justinien, après avoir mentionné l'existence d'une controverse, décide qu'à défaut par la personne désignée de vouloir ou pouvoir se prononcer dans l'année, le légataire sera admis à choisir lui-même l'objet de son legs (1).

(1) L. 3, § 1, C. 643.

CHAPITRE IV

Des effets de l'obligation alternative pendant

Nous avons vu au début de cette étude que la nature de l'obligation alternative avait donné lieu à de longs débats, mais que le désaccord était plus dans les mots que dans les choses. C'est, en effet, par des motifs spéciaux à chaque matière que sont tranchées les questions plutôt qu'en raison d'un système préconçu. Nous allons examiner successivement plusieurs points qui se rattachent à l'indétermination d'objet de l'obligation depuis sa naissance jusqu'à sa solution. Disons tout de suite qu'aucune de nos observations ne s'appliquera à l'obligation facultative dont l'objet est dès le début certain.

SECTION I. — De la responsabilité et de la demeure

L'objet de l'obligation alternative doit être pris dans un groupe assez restreint ; la perte de tous les objets de ce groupe équivaldrait à la perte de la chose due

au cas d'obligation de corps certain ; elle éteindrait la créance par application de la règle *Impossibilium nulla obligatio*. Le débiteur ne pouvant se libérer par son propre fait, il reste tenu nonobstant la perte de tous les objets s'il est en faute à l'égard d'un seul ; il devrait même payer la valeur de la chose, dont la perte lui est imputable, quoique l'autre chose existât, si le créancier investi du droit de choisir l'exigeait.

La responsabilité du débiteur est plus ou moins étendue suivant qu'il est tenu en vertu d'une action de bonne foi ou d'une action de droit strict ; la responsabilité du créancier en tant que tel n'existe que si l'obligation dérive d'un contrat de bonne foi. Les détails concernant la perte de la chose due et la faute seront donnés plus loin à propos de l'extinction de l'obligation alternative.

Le retard d'exécution ou la demeure constitue une faute à la charge de la partie qui s'en rend coupable, son effet ordinaire est de déplacer les risques. On s'est demandé si la demeure n'a pas dans notre matière un effet spécial, la déchéance du *jus eligendi* pour la partie en retard. Nous examinerons cette question en nous plaçant successivement au point de vue du débiteur et au point de vue du créancier.

Le débiteur en retard perd-il le bénéfice du choix ? Non. Etant admis qu'un débiteur poursuivi est presque toujours en demeure, le § 33, d. *Inst.* 4-6, contient la preuve de notre affirmation. D'après ce texte, le créancier qui a stipulé *Stichum aut decem* commet une *plus-petitio causâ* s'il demande déterminément

l'une des deux prestations. Et pourquoi ? *Quia eripit electionem adversario*. Il résulte d'ailleurs des lois 106 et 138 § 1. D., 45-1, que le débiteur conserve le droit de choisir et de revenir sur son choix jusqu'à l'exécution de l'obligation. On oppose un argument tiré de la loi 2 §§ 2 et 3, D., 13-4. Mais cette loi vise une hypothèse toute spéciale, celle où il y a en même temps *alternatio rerum* et *alternatio locorum*. Une personne a promis *Ephesi decem aut Capuæ hominem* ; si elle ne s'exécute pas en temps utile, le créancier réclamera à son gré l'une ou l'autre prestation. Cette décision s'explique par le motif que, dans l'espèce, le débiteur pourrait indéfiniment échapper à l'obligation, s'il était admis à manifester sa volonté jusqu'à l'exécution. Où qu'il fût poursuivi, il repousserait la demande en choisissant la prestation qui doit être faite dans un autre lieu. C'est pour éviter un pareil résultat qu'une exception a été faite aux principes. Le texte, du reste, le dit clairement dans sa dernière phrase : *Proinde mixta... rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum, alioquin tollis ei actionem dum vis reservare reo electionem*.

Nous ne dirons qu'un mot des lois 11, § 1, *de leg.*, 2° D. (31), et 25, § 17, D. 10-2, que certains auteurs invoquent. La première offre bien un exemple de déchéance du *jus eligendi* par suite de retard, mais dans une espèce où la nécessité de choisir à un certain moment résultait d'une disposition expresse. La deuxième tire une conséquence de l'indivisibilité du

choix, mais ne peut avoir aucune importance pour la solution de notre controverse. En tout cas, ce texte, s'il prouvait quelque chose, prouverait seulement que le débiteur perd la faculté de choisir au moment de la condamnation.

Ainsi le débiteur en retard ne perd pas le bénéfice du choix. Quant au créancier, la même solution résulte de plusieurs textes relatifs au legs d'option, dont l'application à notre matière ne fait aucune difficulté. Les lois 8, pr. et 13, § 1, D., 33-5, décident qu'en cas de refus du créancier d'exercer son choix, le débiteur s'adressera au magistrat pour faire fixer un délai, à l'expiration duquel le créancier, s'il persiste dans sa résistance, sera déchu de tout droit.

En résumé, le simple retard n'entraîne pas la perte du droit de choisir, sauf dans l'hypothèse spéciale prévue par la loi 2 déjà citée : Le débiteur conserve cette prérogative jusqu'au paiement, et le créancier jusqu'au terme assigné par le magistrat.

SECTION II. — L'obligation alternative et la novation.

Une des conditions de la novation est que les deux obligations, celle sur laquelle elle porte et celle qui l'opère, aient un même objet. De là quelques difficultés au sujet de la novation d'une obligation alternative par une obligation pure et simple et réciproquement

ou encore d'une obligation alternative par une autre de même nature.

A. — *Novation d'une obligation alternative par une obligation pure et simple.* — Elle est toujours possible avec le concours de la personne investie du droit de choisir. L'effet en est immédiat. L'obligation ancienne devenue pure et simple par le fait que la partie à laquelle appartient le *jus eligendi* consent à la novation est aussitôt remplacée par une nouvelle obligation ayant le même objet. Cette décision absolument logique est conforme à celle donnée par Papien en matière de constitut (1).

B. — *Novation d'une obligation pure et simple par une obligation alternative.* — Elle est possible dès que l'objet de l'obligation pure et simple est compris dans l'alternative. Mais l'effet de l'opération est d'abord incertain; la novation ne se réalise que si l'objet de l'ancienne obligation est choisi comme objet définitif de la nouvelle (2). Paul avait, sur cette question, un système propre; il admettait la novation immédiate et définitive (3). Cette opinion semble se rattacher à une ancienne théorie rapportée par Gaius (4). Suivant Servius Sulpicius la stipulation conditionnelle opérait novation immédiate d'une obligation pure et simple;

(1) L. 25, pr. D. 13-5. Comparer l. 11 et 12, D., 34-4.

(2) L. 8, § 4, l. 26, D., 46-2.

(3) L. 32, D. 46-2.

(4) *Comm.*, 3, § 179.

Paul rapprochait l'alternative de la condition (1), et accordait, en conséquence, à la stipulation alternative le même effet novatoire qu'à la stipulation conditionnelle. L'opinion de Paul doit être écartée comme reposant sur une idée fausse de l'alternative et une théorie abandonnée en matière de novation.

C. — *Novation d'une obligation alternative par une autre de même nature.* — Nous en admettons la validité à condition que dans les deux obligations le choix appartienne à la même personne entre les mêmes objets.

SECTION III. — L'obligation alternative et la fidéjussion.

L'obligation accessoire doit avoir le même objet que l'obligation garantie; la condition du fidéjusseur ne doit pas être plus dure que celle du débiteur principal, mais elle peut l'être moins (2). Cela posé, le cautionnement sera presque toujours nul si l'une des deux obligations est alternative, l'autre pure et simple.

A. — *Obligation pure et simple et cautionnement alternatif.* — Le cautionnement n'est jamais valable. Si le débiteur a promis *Stichum* le fidéjusseur ne peut promettre ni *Stichum aut decem* ni *Stichum aut Pam-*

(1) L. 44, § 3, D., 44-7.

(2) L. 34, D., 46-1.

philum; car sa condition serait plus dure au point de vue de la libération par la perte de la chose due (1). Si, le débiteur principal ayant promis *decem*, le fidéjusseur promettait *Stichum aut decem*, sa condition ne serait pas plus dure, mais en réalité il ne serait pas obligé. En effet, la formule *Stichum aut decem* laisse au fidéjusseur le choix de l'objet de son obligation et par suite la faculté de l'annuler en la faisant porter sur un autre objet que celui de la dette garantie. A moins de priver le débiteur du droit de choisir on ne saurait maintenir le cautionnement. De deux choses l'une, ou le fidéjusseur, ayant payé l'esclave (que ne doit pas le débiteur principal), n'aurait pas de recours, ce qui est contraire à l'intention des parties, ou il en aurait un, ce qui contraindrait indirectement le débiteur principal à payer autre chose que l'objet de sa propre dette. Telle est l'explication que nous croyons devoir donner de la solution de la loi 8, § 8, motivée par ces mots : *quia in aliam potius obligationem acceptus est*.

B. — *Obligation alternative et cautionnement pur et simple*. — Le cautionnement n'est valable que s'il a pour objet la chose de moindre valeur et en même temps la plus sujette à périr (2).

C. — *Obligation et cautionnement alternatifs*. — Si les objets promis par le fidéjusseur ne sont pas les mêmes que ceux promis par le débiteur principal

(1) L. 8, § 8, *initio*, D., 46-1.

(2) Arg. de la loi 34, D., 46-1. — Comp., l. 9, D., 46-1.

le cautionnement est nul par la raison développée plus haut : *quia in aliam potius obligationem acceptus est*. Dans l'hypothèse contraire, le fidéjusseur n'est obligé que si les conditions du choix ne sont pas plus dures pour lui que pour le débiteur principal (1).

SECTION IV. — Legs d'une créance alternative.

Une créance a pour objet *Stichum aut decem*; le créancier lègue *Stichum*. Quels seront les droits du légataire? Si le *jus eligendi* appartenait au créancier, le legs vaut exercice du choix; il a pour objet la créance devenue pure et simple. Si le *jus eligendi* appartenait au débiteur, le légataire contraindra l'héritier à poursuivre le recouvrement de la créance et suivant le résultat du choix obtiendra ou non l'objet légué (2). On voit que l'efficacité du legs dépend de la volonté du débiteur d'où la possibilité d'un concert frauduleux entre lui et l'héritier. Mais le texte est formel, bien que le jurisconsulte, qui en est l'auteur n'ait pas ignoré l'objection : *secundum quid erit in arbitrio debitoris an sit legatarius is cui Stichus legatus est*.

La solution donnée ci-dessus entraîne comme conséquence logique, une solution analogue dans le

(1) L. 8, §§ 9 et 10, D., 46-1.

(2) L. 75, § 4, *de leg.* 1^o D. (30).

cas où le créancier alternatif aurait légué les deux objets à des personnes différentes. L'un des deux legs seulement aura effet, celui dont l'objet sera payé. Telle est, en effet, la décision de Marcellus (1). Julien donne une décision contraire. L'héritier, suivant ce dernier jurisconsulte, devra donner à l'un des légataires l'objet payé par le débiteur et à l'autre la valeur de la chose léguée (2). Voici comment on peut motiver cette opinion. Lorsque le créancier lègue à une seule personne l'un des objets de l'alternative, la disposition a au moins une chance de produire son effet, quoiqu'on la subordonne au résultat du choix, car le débiteur peut choisir l'objet légué. Lorsqu'au contraire les deux objets ont été légués à différentes personnes, subordonner chaque legs au résultat du choix, c'est certainement annuler l'un des deux. Plutôt que d'admettre que le testateur ait voulu faire deux legs dont l'un au moins n'aura pas d'effet, Julien suppose qu'il a ignoré l'étendue de ses droits (3) et prescrit l'exécution par équivalent de l'un des deux legs.

Examinons une dernière hypothèse. Le créancier lègue au débiteur lui-même un des objets de la créance. Le débiteur est complètement libéré, il poursuivra l'héritier pour obtenir quittance (4). La loi 7 suppose que le choix appartenait au débiteur. Ce point admis, la solution en découle. Il est certain

(1) L. 50, § 1, *de leg.* 2° D. (31).

(2) L. 76, *de leg.* 1° D. (30).

(3) Analogie du legs de la chose d'autrui.

(4) L. 7, § 1. D., 34-3.

que le testateur a entendu procurer au légataire un avantage quelconque; or, cela ne peut-être le droit de ne pas payer l'objet du legs, droit qui lui appartient déjà. C'est donc la libération de la dette elle-même. Le raisonnement que nous venons de faire nous conduit à ne pas étendre la solution de la loi 7, au cas où le choix aurait appartenu au créancier. Le legs n'aurait alors d'autre effet que de dispenser le débiteur de payer la chose qui lui a été léguée; il devrait payer l'autre. Il est fort possible, en effet, que le testateur ait cru avantager son débiteur en réduisant la dette à l'un des deux objets et cela suffit pour rendre raison du legs,

Nous ne disons rien de l'hypothèse dans laquelle le créancier aurait légué *quod debetur*; car elle ne présente aucune difficulté (1).

(1) L. 75, § 3, de leg. 1^o D. (30).

CHAPITRE V

Solution de l'obligation alternative

L'obligation alternative devient pure et simple, sans s'éteindre, par l'arrivée de tout évènement qui la restreint à un seul objet, comme l'exercice irrévocable du choix ou la perte fortuite de l'une des deux choses ; elle cesse dès lors de suivre des règles particulières. Mais, le plus souvent, la solution de l'alternative et l'extinction de l'obligation coïncident. Il en est ainsi dans les cas de pacte *de non petendo*, d'acceptilation (1), de novation (analogie du même texte), de legs de libération même portant sur une seule des deux choses (2) et le plus souvent en cas de paiement. La théorie du paiement et la théorie de la perte de la chose due à laquelle se lie celle de la faute méritent seules une étude approfondie.

(1) L. 27, § 6, D., 2-14.

(2) L. 7, § 1, D., 34-3.

SECTION I^{re}. — Du paiement

Nous distinguerons le paiement volontaire et l'exécution forcée de l'obligation.

A. — Paiement volontaire

La dette est éteinte par le paiement comme une dette pure et simple, pourvu que le paiement soit intégral et fait en connaissance de cause. Trois cas présentent des difficultés particulières : le paiement partiel, le paiement d'un objet par le débiteur qui s'est cru tenu purement et simplement, le paiement des deux objets par erreur.

PREMIER CAS. — Le débiteur a livré une partie seulement de l'une des deux choses, quel est l'effet de ce paiement partiel ? Il restreint l'obligation à l'objet partiellement payé et libère d'autant le débiteur si le *jus eligendi* appartenait au créancier. Dans le cas contraire, l'effet de la livraison partielle n'est pas immédiat. Le débiteur pourra à son gré compléter la prestation déjà faite, ou répéter ce qu'il a livré en offrant l'autre objet de l'alternative. Telle est la disposition

formelle des lois 26 § 13. D. 12-6 et 2 § 1. D. 45-1. Des termes de la loi 26 on peut induire que cette décision n'avait pas été admise sans controverse. C'est une conséquence extrême de cette idée, que le débiteur a la faculté de varier dans son choix jusqu'à l'exécution parfaite, combinée avec la règle de l'indivisibilité du *jus eligendi*.

Nous devons dire qu'une décision plus favorable encore au débiteur est donnée dans l'hypothèse d'une acceptilation portant sur la moitié de l'un des objets. La dette est éteinte pour moitié, mais le débiteur se libérera à son gré par la prestation de la deuxième moitié de l'objet sur lequel a porté l'acceptilation ou d'une moitié de l'autre objet (1). A moins de voir dans la loi 17 une solution particulière à son auteur, nous ne pouvons l'expliquer que par la considération suivante. Avant tout, on veut conserver au débiteur le *jus variandi* jusqu'à l'exécution complète ; or, l'acceptilation ne supposant pas toujours un paiement réel, il est impossible d'atteindre ce but en autorisant la répétition de la moitié d'objet sur laquelle elle a porté et le paiement intégral de l'autre chose. Le créancier ne saurait, en effet, être tenu de rendre ce qu'il n'a pas reçu. Il fallait donc, pour maintenir au débiteur l'avantage du choix, l'autoriser à donner à son gré la moitié de l'un ou l'autre objet.

(1) L. 17, D., 46-4.

DEUXIÈME CAS. — Le débiteur a payé un objet ignorant qu'il pouvait en payer un autre. Les textes donnent deux solutions différentes que nous ne croyons pas pouvoir concilier. Celsus refuse la *condictio indebiti* (1), tandis que Julien l'accorde (2). Ce dernier jurisconsulte semble considérer son opinion comme solide, car il la pose comme base d'un raisonnement tendant à résoudre la question en matière d'obligation de genre. Si c'était le créancier qui eût ignoré son droit de choisir et conséquemment reçu un paiement qu'il pouvait refuser, Celsus lui refuserait évidemment tout droit de réclamer par *a fortiori* de la solution donnée dans l'hypothèse précédente. D'ailleurs il n'accorde pas le droit de réparer son erreur même avant le paiement au légataire *per vindicationem* qui a intenté son action (3).

TROISIÈME CAS. — Les deux objets ont été payés par erreur. Le débiteur a la *condictio indebiti*, mais quel objet doit être restitué? Si le créancier avait le *jus eligendi*, il le conserve. Sinon, la question n'était pas uniformément résolue. Celsus, Marcellus, Ulpien donnaient le choix au créancier tandis que Julien et Papinien le donnaient au débiteur. C'est en ce dernier sens que Justinien se prononce (4). La première

(1) L. 19, *de leg.* 2^o D. (31).

(2) L. 32, § 3, D., 12-6.

(3) L. 19, *de leg.* 2^o D. (31).

(4) L. 10, C. 4-5.

opinion considérait sans doute le créancier comme devenu par le fait du double paiement débiteur alternatif; or le débiteur alternatif a toujours l'avantage du choix lorsqu'il ne lui a pas été formellement retiré. « Mais, dit M. Acarias, l'opinion qui prévalut « s'inspirait d'une raison plus haute en ce qu'elle « replaçait exactement le débiteur dans la situation « où il se trouvait, les choses étant encore entières(1). »

B. — EXÉCUTION FORCÉE

Les parties ne s'entendent pas sur les conditions du choix et du paiement ou l'une oppose à l'autre une négligence, une mauvaise volonté qui l'oblige à recourir à la justice. La manière d'agir diffèrera sensiblement suivant que le choix appartiendra à l'une ou à l'autre partie et que ce sera celle à qui il appartient ou son adversaire qui ne s'exécutera pas.

1° Le choix appartient au débiteur.

a — C'EST LE DÉBITEUR QUI NE PAIE PAS. — Le créancier mettra son adversaire en demeure par une interpellation le sommant de manifester sa volonté et payer. L'interpellation ne sera pas nécessaire, con-

(1) *Précis de dr. romain*, t. 2. 3^e éd. p. 310. — Comp. au sujet du double paiement fait par deux *correi promittendi* tenus d'une obligation alternative, l. 21, D., 12-6.

formément aux règles générales, si on se trouve dans un des cas où la demeure a lieu *ex re*. Enfin, s'adressant au magistrat, le créancier obtiendra une formule d'action *incerta* (1), rédigée de manière à réserver au débiteur la faculté de choisir : *Quâ de causâ talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret quo sibi stipulatus est* (2).

On voit que le débiteur est encore en possession du *jus eligendi* après la *litis-contestatio*. A quel moment en est-il donc privé ? Il faut bien que le juge prenne l'un ou l'autre objet pour base de la condamnation à l'époque où toute condamnation est pécuniaire, et plus tard qu'il ordonne la translation forcée de l'une des deux choses en la possession du créancier. La sentence, en effet, ne peut avoir pour base un *incertum*, ainsi qu'il résulte d'un texte d'Ulpien. Celui-là seul, dit ce jurisconsulte, peut être tenu pour *judicatus* dont l'aveu porte sur un *certum*; celui qui a avoué un *incertum* doit être contraint de préciser son aveu (3). Nous pensons que le juge fixait au débiteur un délai pour user de son droit, passé lequel, le créancier désignait l'objet qu'il désirait obtenir. Néanmoins, la condamnation prononcée, le

(1) L. 75, § 8, D., 45-1. Au contraire, au cas d'oblig. facultative, l'*intentio* pourrait être *certa*.

(2) § 33 d, *Inst.* 4-6.

(3) L. 6, pr. et § 1, D., 42-2.

débiteur était encore admis à en éviter les conséquences en payant l'un des deux objets.

b. — C'EST LE CRÉANCIER QUI NE PREND PAS LIVRAISON.

— Le débiteur met le créancier en demeure et se libère par la procédure d'offres et consignation.

2° Le choix appartient au créancier

Le créancier exerce son choix et poursuit le débiteur récalcitrant comme si l'obligation était pure et simple. *L'intentio* de la formule sera *certa* ou *incerta* suivant la nature de l'objet choisi (1).

Comment le débiteur pourra-t-il se libérer malgré le refus du créancier de préciser l'objet de l'obligation par son choix ? Offrir et consigner les deux choses est un parti fort onéreux, attendre et se tenir prêt à répondre aux poursuites ne l'est pas moins. Que faire ? Trois textes que nous avons déjà cités indiquent la marche à suivre en matière de legs d'option. Il faut évidemment procéder de même dans l'hypothèse d'obligation alternative. Le débiteur s'adressera au magistrat qui ordonnera au créancier de se prononcer dans un certain délai à peine de déchéance (2).

(1) L. 75, § 8, D., 45-1.

(2) L. 8, pr., 6, 13, § 1, D., 33-5.

SECTION II. — Du cas fortuit et de la faute.

Cette matière étant assez compliquée, il faut pour l'exposer clairement faire de nombreuses divisions et subdivisions.

Nous étudierons d'abord le cas fortuit seul, puis la faute en distinguant suivant que les deux choses ont péri ou une seulement et aussi suivant que le choix appartient à l'une ou à l'autre partie.

§ I^{er}. — Du cas fortuit.

L'obligation alternative s'éteint par la perte des deux choses sur lesquelles elle porte comme celle de corps certain et celle de genre par la perte de la chose due ou la disparition du genre. C'est l'application de la règle *Impossibilium nulla obligatio*.

L'hypothèse de perte d'une seule chose présente quelque difficulté. A cette hypothèse, il faut assimiler le cas où l'une des deux choses est devenue la propriété du créancier (1). Si le choix appartient au créancier, celui-ci perd certainement le bénéfice du droit de

(1) L. 16, D., 45-1.

choisir. Il subit sans doute un préjudice quand la chose perdue avait une plus grande valeur que l'autre ou que cette dernière, pour une raison quelconque, ne saurait lui procurer les avantages sur lesquels il comptait, mais le débiteur en subirait un bien plus grand s'il devait fournir la valeur de la chose perdue au lieu de l'autre chose qu'il a probablement sous la main. N'est-il pas naturel, d'ailleurs, que la disparition d'un objet par cas fortuit soit supportée par chaque partie dans la mesure de ses droits sur cet objet ? Le créancier et le débiteur perdront donc l'un et l'autre les avantages résultant de la pluralité d'objets, le premier la faculté de choisir la chose perdue, le second la possibilité d'acquitter sa dette tout en gardant l'une des deux choses.

La logique et l'équité semblent exiger la même solution lorsque le choix appartient au débiteur. Le débiteur perdra la valeur de la chose et le droit de choisir, tandis que le créancier verra diminuer la valeur de sa créance réduite à un seul objet. Beaucoup d'auteurs autorisent le débiteur à offrir la valeur de la chose qui n'existe plus (1), mais cette opinion est contraire à l'intention des parties. Une obligation doit autant que possible être exécutée en nature. En cas d'alternative le créancier compte recevoir et le débiteur doit s'attendre à payer l'une des deux choses. On peut même dire que cette obligation étant fondée sur une idée d'assu-

(1) La valeur de la chose qui a péri serait *in facultate solutionis*, non *in obligatione*.

rance, les deux choses sont destinées à se remplacer au point de vue du paiement. Remarquons enfin que les deux objets sont ordinairement de même valeur ou l'un l'estimation de l'autre en argent : dans la première hypothèse, il serait injuste de priver le créancier de l'exécution en nature pour conserver au débiteur la faculté de choisir entre deux prestations d'un prix sensiblement égal ; dans l'autre hypothèse, les parties ont évidemment entendu se soustraire à l'arbitraire des estimations judiciaires, ce qui ne permet pas d'admettre qu'on puisse à la place de l'objet perdu offrir moins, ni exiger plus que la somme convenue.

Les adversaires de notre opinion ne donnent, en général, à l'appui de la leur, que quelques arguments de texte ; M. Labbé s'efforce, au contraire, d'établir la doctrine sur les bases de l'équité et de la raison juridique. Le cas fortuit ne doit pas aggraver la condition du débiteur, en le privant du droit de choisir, dit notre savant maître. Il est certain, cependant, que le débiteur demeure obligé, malgré la perte subie. La situation du débiteur est donc aggravée en ce point ; pourquoi ne le serait-elle pas en un autre, s'il y a raison suffisante ? Ajoutons que le débiteur supporte les conséquences dommageables de la perte partielle (1). L'idée contraire émise par M. Labbé paraît n'être vraie que dans l'hypothèse d'une simple diminution de valeur sans détérioration matérielle. Il n'est

(1) L. 33, § 1, D., 46-3.

pas exact de dire que l'intérêt du débiteur doit l'emporter sur celui du créancier, lorsqu'ils sont en conflit; car cette règle ne s'applique qu'à l'interprétation des clauses obscures d'un contrat ou à la solution des questions qui présentent un doute absolu. Si on prétendait que la faculté de choisir entre plusieurs objets, réservée au débiteur dans son intérêt, ne doit pas être retournée contre lui, voici la réponse. L'avantage du choix est, sans doute, attribué au débiteur, dans le silence du contrat, mais la nécessité d'un choix dérive du caractère alternatif de l'obligation. Or, ce caractère peut avoir été donné à l'obligation pour le plus grand bénéfice du créancier.

Les textes romains dans leur ensemble nous paraissent consacrer la doctrine que nous avons adoptée. Cependant l'obscurité de quelques lois a permis de soutenir le système contraire.

Les lois 11, § 1^{er}, *de leg.* 2^o D., (31) et 16, pr., D., 45-1, disent d'une façon générale que, la prestation de l'un des objets soumis à l'alternative devenant impossible, le débiteur est tenu de payer l'autre. Nous pouvons invoquer dans le même sens la loi 84, § 11, *de leg.*, 1^o D., (30) et surtout la loi 34, § 6, D., 18-1.

Paul se demande quelle est la situation de celui qui a vendu « Stichus ou Pamphile » et la caractérise de la façon suivante : *In potestate est venditoris quem velit dare..... sed uno mortuo qui superest dandus est.* »

Le même juriconsulte Paul donne dans la loi 55, D., 9-2, une décision qui suppose le débiteur absolument obligé de donner la chose encore existante.

— J'ai promis Stichus et Pamphile, l'un valant 10, l'autre 20, le créancier tue Stichus. Quelle indemnité puis-je demander ? Je puis demander 20 parce que, Stichus qui ne valait que 20 étant mort, je suis obligé de livrer Pamphile qui vaut 20.

Si j'étais admis à payer la valeur de l'esclave mort, comment pourrais-je prétendre que sa mort m'a causé un préjudice égal à la valeur de l'esclave vivant ? M. Labbé dit que l'esclave mort, Stichus, doit être estimé 20 par la raison, que de son vivant, il pouvait tenir lieu d'un esclave ayant réellement cette valeur. Ce raisonnement ne paraît pas irréfutable ; car le débiteur des deux esclaves ne se serait effectivement privé que d'une valeur égale à 10 en payant Stichus, et il ne court aucun risque de payer jamais plus, si on l'autorise à offrir cette somme à la place de l'esclave. Du reste la pensée du juriconsulte apparaît dans ces mots *quem necesse habeo dare* ; il ne fonde le préjudice de 20 que sur la nécessité de donner Pamphile.

Un nouvel argument dans le sens de l'opinion que nous croyons devoir suivre est tiré de la loi 32 pr., D, 12-6 ; nous l'empruntons à un vieil auteur (1). Julien

(1) Hertius. *Dissertatio de electione. Comment. et opuscula*, Vol. 1.

supposé qu'un débiteur alternatif a par erreur payé les deux choses et que l'une a été détruite. Si la perte fortuite n'enlevait pas au débiteur le bénéfice du choix, il faudrait décider que le débiteur peut répéter la chose existante en offrant le prix de l'autre. On sait, en effet, que l'idée dominante en cette matière est de remettre le débiteur dans la situation où il se trouvait avant le paiement fait par erreur. Cependant le jurisconsulte décide que le débiteur ne pourra rien réclamer et cela d'une façon absolue : *nihil repetet... id remanebit in soluto quod superest*.

Qu'opposent nos adversaires à toutes ces raisons d'ordre général et à cet ensemble de décisions concordantes des jurisconsultes romains? Deux textes, l'un peu affirmatif, l'autre favorable à notre doctrine dans la seule partie dont le sens soit clair et certain, la loi 47 § 3, *de leg.* 1^o, D. (30) du jurisconsulte Ulpien et la loi 95 § 1, D. 46-3 de Papinien.

Analysons d'abord la loi 47.

« Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex
« his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit,
« præsentem præstari, AUT ABSENTIS CESTIMATIONEM;
« toties enim electio est heredi commitenda, quoties
« moram non est factururus legatario. Quâ ratione placuit,
« et si alter decesserit, alterum omnimodo præstandum,
« FORTASSIS vel mortui pretium. »

Le jurisconsulte, dit-on, accorde expressément au débiteur la faculté de payer le prix de la chose dont la prestation est devenue impossible sans son fait ni sa faute. Nous croyons qu'il faut, pour bien entendre ce

texte, en rapprocher attentivement les parties et rechercher la liaison des idées ; nous allons donc le traduire en le paraphrasant.

« Si un legs porte sur Stichus ou Pamphile et que
« l'un d'eux soit en fuite ou chez les ennemis : il faut
« dire que l'esclave présent ou la valeur de l'absent
« doit être payée ; le débiteur ne saurait pour conser-
« ver la faculté de choisir, différer l'exécution de
« l'obligation. » Il semble que le jurisconsulte trouve
dans la situation du débiteur la base possible d'une
décision de faveur : l'esclave absent pouvant revenir
ou être repris, on concevrait qu'un délai fut accordé
au débiteur ou qu'il fût autorisé à céder ses actions.
Cependant Ulpien croit préférable d'exiger l'exécution
immédiate du legs, mais à titre de compensation, il
conserve au débiteur l'exercice du choix en tant que
cela n'occasionnera pas de retard.

« C'est pourquoi, si l'un des esclaves légués meurt,
« l'autre seul est dû en principe, *quelquefois* ou *peut-*
« *être* la valeur du mort. » Ulpien passe à l'examen d'une
seconde hypothèse, dans laquelle la situation du débi-
teur lui paraît moins favorable, puisqu'il hésite à le
traiter comme dans l'hypothèse précédente : L'esclave
est mort, le débiteur n'est pas privé d'un délai sur
lequel il aurait quelque raison de compter ; donc il n'y a
pas les mêmes motifs de l'autoriser à payer la valeur
de l'esclave dont la prestation est impossible.

Au cours de notre paraphrase, nous avons, sans
doute, suppléé des idées qui ne sont pas exprimées
dans le texte ; mais il n'y a pas d'autre moyen de lui

donner un sens raisonnable et d'expliquer comment Ulpien, passant d'une hypothèse à une autre, qu'il croit devoir résoudre par les mêmes principes: *Quâ ratione placuit et si...*, ne trouve plus aux raisons de décider la même force et se sent saisi par le doute. Ainsi entendue, la loi 47 ne donne plus qu'une opinion particulière à Ulpien, que son auteur même n'ose pas appliquer d'une façon générale.

Passons à l'examen de la loi 95.

Papinien a décidé, au *principium* de cette loi, qu'en cas de perte d'un des objets dus alternativement au choix du créancier, l'autre est dû comme s'il avait été seul promis, c'est-à-dire évidemment sans substitution possible d'une somme d'argent; au § 1, il se demande quelle serait la solution, si le choix appartenait au débiteur, et il répond: L'esclave survivant sera seul dû comme dans le cas précédent. C'est ainsi qu'il faut entendre les mots: *Is qui superest æque peti poterit*.

Notre savant maître, M. Labbé, donne de ces quelques mots une traduction différente: « L'objet qui « subsiste peut nonobstant la perte de l'autre être « demandé comme avant cette perte arrivée (1) ». Cette interprétation ingénieuse nous paraît d'abord méconnaître le bien qui unit le *principium* et le § 1 de la loi. Il résulte du mot *quodsi*, par lequel commence le § 1, que Papinien compare la situation du débiteur, lorsque

(1) *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, 2, *De la perte de la chose due dans l'obligation alternative*, n° 43. C'est de cet ouvrage que sont tirées toutes les citations de M. Labbé.

le choix lui appartient, avec sa situation, lorsque le choix appartient au créancier, et non la condition du débiteur à deux époques différentes dans une même hypothèse. D'ailleurs, l'idée exprimée par M. Labbé est-elle rigoureusement exacte en elle-même et indépendamment du texte? On pourrait le contester par la raison suivante que nous reconnaissons un peu subtile. Après la perte d'une chose, le débiteur ne doit pas l'autre comme il la devait avant : le débiteur doit la deuxième chose seule existante, sans obligation de donner quoi que ce soit si elle vient à périr, tandis qu'il la devait avec obligation de payer la première dans ce même cas de perte.

Arrivons maintenant à la deuxième partie du texte dont l'ambiguïté a fourni argument à nos adversaires.

« Enim vero si facto debitoris alter sit mortuus quum
« debitorisesset electio, quamvis interim non alius peti
« possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti
« offerri æstimatio potest, SI FORTE LONGE FUT VILIOR,
« quoniam id pro petitore IN PRÆNAM promissori cons-
« titutum est, tamen si..... »

M. Labbé entend ce fragment comme il suit. Lorsqu'un objet a péri par le fait du débiteur, ce dernier n'est pas admis à en offrir la valeur comme s'il avait péri fortuitement et cela en punition de sa faute. Cette explication nous semble ne pas tenir suffisamment compte des mots *si : forte longe fuit vilior*. Comment comprendre que la faute du débiteur ne soit punie que si les deux choses ont une valeur très sensiblement différente et non dans le cas contraire? Lorsque les

deux choses n'ont pas une grande différence de valeur, le débiteur pourra offrir le prix de la chose périe, c'est-à-dire que l'intérêt du créancier sera sacrifié précisément dans le cas où il n'en résulte qu'un faible avantage pour le débiteur en faute.

Pothier, au n° 251 de son *Traité des obligations*, donne, de la phrase dont nous nous occupons, l'explication suivante: « Lorsqu'une chose déterminément due
« périt par le fait du débiteur, l'obligation de payer la
« chose est remplacée par l'obligation d'en payer la
« valeur (1).

Cette règle ne doit pas être appliquée dans notre matière, parce qu'elle aurait pour résultat de faire supporter au créancier les conséquences de la faute du débiteur, ce qu'elle a précisément pour but d'éviter. Outre que cette explication est trop savante pour être vraie, elle a l'inconvénient de ne pas justifier l'emploi des mots: *Id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est*. En effet, appliquer la règle de façon à ne pas la retourner contre le créancier, en faveur de qui elle est établie, n'est pas punir le débiteur.

Voici l'interprétation que nous croyons devoir adopter; c'est, avec une idée de plus, celle donnée par Pothier, dans ses *Pandectes* (2).

Papinien fait allusion à l'opinion d'Ulpien, qui autorise dans certains cas le débiteur à offrir la valeur de la chose détruite sans son fait, indique que cette opi-

(1) L. 82, § 1, D., 45-1. — Voir aussi, l. 91, § 3, D., 45-1.

(2) *De solut.*, n° 118.

nion bienveillante n'est soutenable que lorsque *la situation du débiteur est vraiment dure à raison de la grande différence de valeur des deux choses*, et décide que, fût-elle admise, elle ne pourrait pas être invoquée par le débiteur en faute. Cela posé, nous entendons ainsi le texte en question :

« Le choix appartenait au débiteur, et l'une des
« choses a péri par son fait : le créancier ne peut
« demander que la chose existante, et le débiteur
« n'est pas admis à offrir le prix de l'autre, *même si*
« *cette dernière, étant de bien moindre valeur, on eût*
« *pu, dans d'autres circonstances, lui accorder cette*
« *faveur*. C'est la punition de sa faute. »

Le sens que nous donnons dans la loi 95, § I, D., 46-3, aux mots *si forte longe fuit vilior* est en concordance parfaite avec celui que nous avons donné au mot *fortassis* dans la loi 47, § 3, de leg. 1^o, D., (30).

Débarrassés de la question d'interprétation des textes, revenons maintenant aux arguments d'ordre général. Le principal fondement de notre doctrine est que le créancier ne doit pas être privé de l'exécution en nature de l'obligation sur laquelle il a certainement compté et que le débiteur a promise. On objecterait en vain que cette raison perd sa force par l'effet du principe que toute condamnation était pécuniaire (1) ; car le débiteur ne pouvant jamais être contraint qu'à payer une somme, il s'agirait seulement de savoir dans l'hypothèse discutée si le créancier recevra la valeur d'une chose ou d'une autre. La réponse n'est pas

(1) Gaius, *Comm.*, 4, § 48.

difficile. Il suffit de remarquer que le principe invoqué n'a pas toujours été admis en droit romain, qu'il n'a pas survécu au système de la procédure formulaire (1), et ne l'avait peut-être pas précédé (2). Ajoutons qu'avant même la disparition du système formulaire ce principe avait reçu une limitation importante, l'exécution *manu militari* de l'ordre du juge dans les actions arbitraires (3), et qu'il avait toujours été étranger aux *cognitiones extraordinariæ* (4). Dès que le créancier peut obtenir l'objet de sa créance, il a grand intérêt à ce que le débiteur alternatif soit absolument tenu de lui livrer la chose existante. Et d'ailleurs, il faut déterminer les droits de chacun en faisant abstraction du préjudice qu'une résistance injuste pourra lui occasionner, nous devons nous demander si le créancier avait droit au paiement en nature et non s'il a toujours pu l'obtenir par les voies judiciaires plus ou moins imparfaites.

§ II. — De la faute.

L'idée fondamentale de la matière est que le fait de l'une des parties ne saurait nuire à l'autre. L'application de cette règle conduit à des conséquences

(1) *Instit.*, liv. 4, t. 6, § 32.

(2) Gaius, *Comm.* t. 4, § 48, *in fine*.

(3) L. 68, D., 6-1.

(4) Acarias, *Précis.*, 3^e éd. t. 2, p. 929.

bien différentes suivant que l'avantage du choix a été réservé au créancier ou qu'il appartient au débiteur, et aussi suivant qu'il s'agit de la faute de l'un ou de celle de l'autre.

L. — FAUTE DU DÉBITEUR.

A. — LE CHOIX APPARTIENT AU DÉBITEUR. 1^o L'une des deux choses ayant péri par cas fortuit, l'autre périt par le fait ou la négligence du débiteur. Cette hypothèse ne présente aucune difficulté. L'obligation était devenue pure et simple, elle n'avait plus qu'un objet dont la valeur est due conformément aux principes généraux des obligations.

2^o Les choses étant entières, l'un des deux objets périt par le fait du débiteur. L'objet encore existant est dû, sans faculté d'offrir la valeur de l'objet détruit. Cette solution s'impose à ceux qui comme nous refusent une pareille faculté même au débiteur exempt de faute. Elle est aussi admise par la plupart des partisans du système que nous avons combattu; car le débiteur ne saurait ici s'en prendre qu'à lui-même de la perte du bénéfice du choix. Quelques-uns cependant argumentent des mots *neque defuncti offerri aestimatio potest si forte longe fuit vilior* (1), pour accorder au débiteur le droit de payer la valeur de la chose qui a péri par sa faute, quand la valeur des deux choses n'est pas notablement différente.

(1) L. 95, § 1, D. 46-3.

Nous avons vu quel est le sens probable du texte invoqué ; l'interprétation par nous donnée, enlève tout appui à une doctrine qui encourt aussi le grave reproche de faire supporter à l'un les conséquences de la faute de l'autre.

En cas de perte fortuite de l'objet survivant, le débiteur sera-t-il libéré ? Il sera libéré de l'action du contrat, si l'obligation dérivait de la stipulation, parce que la disparition du deuxième objet ne lui est pas imputable et que détruire l'un seulement, tant que l'ordre existait, n'était pas aller directement contre les termes de la stipulation. Est-ce à dire que le débiteur pourra impunément augmenter les chances d'extinction de l'obligation au détriment du créancier ? Non, le créancier demandera la réparation du préjudice causé par l'action dol (1), ou peut-être une action *in factum*. Dans le cas d'un contrat de bonne foi le débiteur serait tenu de l'action du contrat. Le texte étant muet sur le chiffre de l'indemnité, on a proposé de le fixer à la valeur de la chose qui a péri la dernière. Cette opinion nous semble inexacte. Si, en effet, le débiteur n'avait pas détruit ou laissé détruire une des deux choses, elle serait devenue l'objet de l'obligation après la perte de l'autre ; c'est donc la valeur de cette chose qui est la représentation du dommage causé. Nous avons vu que certains auteurs autorisent le débiteur à offrir la valeur de la chose détruite par sa faute quand l'autre chose existe

(1) L. 95, § 1, D. 46-3.

encore, la logique les conduit à lui accorder le même avantage et *a fortiori* quand cette dernière chose a péri par cas fortuit.

3° On peut supposer que la perte des deux choses est imputable au débiteur. Il devra alors payer la valeur de la chose qui a péri la dernière, suivant nous, et la valeur de l'une ou l'autre à son choix, suivant les auteurs qui l'autorisaient avant la perte de la deuxième à choisir entre la valeur de la chose détruite et la chose existante.

B. — LE CHOIX APPARTIENT AU CRÉANCIER. — Tout se résume d'un mot. Le débiteur ne saurait par son fait priver le créancier ni de son droit de créance, ni du droit de choisir. En conséquence, le créancier conservera sa créance tant qu'une des choses qui en sont l'objet subsistera, et même après la perte de toutes, si le débiteur est en faute à l'égard d'une ou plusieurs. Il pourra exiger à son gré la valeur de l'une quelconque des choses détruites par le débiteur ou l'une quelconque des choses existantes.

II. — FAUTE DU CRÉANCIER.

Nous avons complètement laissé de côté jusqu'ici l'hypothèse d'une perte imputable au créancier parce qu'elle se résout d'une façon bien plus simple que celle d'une perte imputable au débiteur et par d'autres principes.

L'obligation alternative dérive-t-elle d'une stipulation? Le créancier n'est tenu à rien en vertu du contrat; la faute contractuelle ne saurait exister dans ce cas. La perte imputable au créancier aura sur l'obligation le même effet qu'une perte fortuite, c'est-à-dire qu'elle la réduira à un seul objet ou l'éteindra. Le débiteur obtiendra réparation du préjudice à lui causé par l'action de la loi *Aquiliana* (1); l'indemnité sera égale à la valeur de la chose qu'il aurait gardée si le choix lui appartenait et, dans le cas contraire, à la valeur de la chose que le créancier lui aurait laissée. Le débiteur s'exécutera d'un côté, le créancier de l'autre; les deux dettes se compenseront jusqu'à concurrence de la plus faible, si celle du débiteur est transformée en argent par l'effet d'une condamnation ou par ce qu'il serait lui-même responsable de la perte d'une des deux choses. Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent à tous les rapports de droit *stricti juris*. En matière de contrats de bonne foi, la responsabilité du créancier comme celle du débiteur aurait pour sanction l'action du contrat.

§ III. — **Appendice à la théorie de la perte fortuite et de la faute.**

Nous avons toujours supposé jusqu'à présent une

(1) L. 55, D., 9-2.

perte totale imputable ou non à l'une des parties. La perte partielle se règle d'après les mêmes principes. Le créancier est tenu de réparer tout dommage causé par lui, le débiteur ne peut donner en paiement qu'un objet non détérioré par son fait ni même par cas fortuit. Ce dernier point résulte d'une disposition expresse de la loi 33, § 1, D., 46-3. Julien décide que le débiteur de deux esclaves doit être condamné, s'il offre l'un d'eux blessé par un tiers alors qu'il peut donner l'autre. Ce texte fournit un argument contre la doctrine que nous avons combattue en matière de perte totale. Si, comme le disent certains auteurs, le débiteur de deux objets pouvait après la perte de l'un en offrir la valeur, il pourrait après la détérioration de l'un le payer encore, sauf à indemniser le créancier. Le texte de Julien ne semble pas permettre une pareille combinaison; car le jurisconsulte n'indique qu'un moyen pour le débiteur d'éviter la condamnation, donner l'objet qui est intact.

Il nous reste à dire quelques mots du cas de perte de la chose après l'exercice du choix. Le créancier pourrait-il, après la perte de la chose choisie par lui, demander l'autre chose? Oui, s'il avait le droit de varier dans son choix, non dans le cas contraire. Bien que le débiteur ait en général le *jus variandi*, il ne peut pas se prétendre libéré par la perte de la chose qu'il a choisie; car on ne saurait mettre les risques à la charge du créancier en vertu d'un choix sur lequel son auteur peut encore revenir. Ce que

nous venons de dire n'est vrai que de la perte qui n'est imputable à personne ; si l'une des parties était en demeure ou en faute, elle serait tenue d'en supporter les conséquences.

CHAPITRE VI

Comparaison de l'obligation alternative en droit romain avec l'obligation alternative en droit français.

On est frappé, en parcourant successivement les monuments de la jurisprudence romaine et ceux du droit français, de l'importance relativement considérable qu'avait l'obligation alternative à Rome et du rôle absolument effacé qu'elle joue aujourd'hui dans la pratique des affaires. Bien que les œuvres des jurisconsultes romains aient en grande partie disparu, les fragments mutilés conservés au Digeste attestent que les questions d'obligation alternative se présentaient fréquemment en matière de legs et en matière de contrats.

Chez nous, au contraire, les auteurs consacrent encore quelques pages à l'examen d'une matière traditionnelle, mais on chercherait en vain dans les Codes annotés, sous les articles 1189 à 1197, ou dans les tables des recueils de jurisprudence, les nombreux renvois qu'on trouve sur tant d'autres sujets. A peine quelques

espèces sans grand intérêt juridique à raison du caractère indéterminé des objets de l'alternative : obligation de payer un prix de vente en argent ou en marchandises, une dette quelconque en argent ou en titres d'une certaine espèce, legs d'une rente viagère ou d'un capital, promesse d'une dot en argent ou en immeubles. Ces hypothèses n'étaient pas inconnues de la pratique romaine (1), mais l'usage le plus fréquent de l'obligation alternative se rattachait à l'institution de l'esclavage aujourd'hui disparue.

Il y avait à Rome une classe d'individus, objets de commerce comme les animaux, mais, en tant qu'hommes, différant sensiblement les uns des autres par leurs qualités personnelles. Ils étaient rhéteurs, grammairiens, précepteurs, comptables, intendants, artisans, histrions, gladiateurs.

Beaucoup étaient connus du public et jouissaient dans leur partie d'une renommée qui leur donnait une valeur individuelle. Cela posé, supposons qu'un directeur de théâtre ou un entrepreneur de jeux, ayant besoin de grossir sa troupe, s'adressât à un marchand d'esclaves. Qu'allait-il demander ? Un, deux, trois sujets pour les rôles secondaires, et, pour les rôles principaux, tel ou tel estimé pour sa force, ou son adresse, ou ses succès, et à son défaut tel autre également goûté des spectateurs. Nous pourrions multiplier les exemples, nous n'en donnerons plus qu'un seul. Un riche Romain, possesseur de nom-

(1) L. 21, § 6, D., 19-1, l. 46, § 1, D., 23-3.

breux esclaves, veut léguer à des amis quelques-uns de ces meubles précieux. Au lieu d'attribuer au hasard à chacun un esclave dont il ne pourrait tirer d'utilité qu'en en réalisant la valeur, n'est-il pas naturel de laisser à chacun le soin de choisir l'objet de son legs dans un groupe plus ou moins étendu ? Tel prendra un intendant, tandis qu'un autre prendrait un lecteur ou un précepteur pour son fils. Les choses ne se passent plus de même aujourd'hui. Le legs d'une personne est évidemment impossible. Quant aux contrats relatifs aux personnes, ils supposent le consentement des intéressés eux-mêmes ; les intermédiaires, s'il y en a, se bornent à procurer à un individu, l'engagement d'un autre individu, réunissant certaines qualités.

Un mot maintenant des règles du Code civil, en matière d'obligation alternative.

Le choix appartient au débiteur s'il n'a pas été expressément réservé au créancier (art. 1190), mais les règles quelque peu subtiles du droit romain sur le *jus variandi* n'ont plus d'application. Le choix du créancier comme celui du débiteur, devient définitif dès qu'il a été accepté par l'autre partie (1). Si la partie investie du droit de choisir néglige de l'exercer, ou si ses héritiers ne peuvent pas s'entendre, la justice décidera sur la demande de l'autre partie. Nous avons vu que ce point donnait lieu en droit romain à plusieurs difficultés dont la solution n'était pas uniforme.

L'article 1193 met à l'abri de toute controverse, l'opi-

(1) Dijon, 1^{er} août 1833, Dalloz, V^o *oblig.* n^o 1323,

nion que nous avons adoptée, sur les effets de la perte fortuite de l'une des deux choses ; le prix de la chose qui a péri ne peut être offert à sa place. Par contre, le même article donne une décision contraire à la nôtre au cas où l'une des deux choses ayant péri par le fait du débiteur, l'autre a péri par cas fortuit. Il oblige le débiteur à payer la valeur de la chose qui a péri la dernière, tandis que nous l'avons astreint à payer la valeur de celle qui a péri par sa faute. Nous sommes encore en désaccord avec l'article 1194 pour la solution de la même hypothèse, lorsque le choix appartient au créancier. Selon nous, le créancier ne peut exiger que le prix de la chose dont la perte est imputable au débiteur ; d'après l'article 1194, le créancier peut demander la valeur de l'une ou l'autre chose, à son gré, mais cette décision est justement critiquée.

Enfin les principes nouveaux sur le transfert de la propriété (1138), ont fait naître une question inconnue des Romains. L'obligation alternative portant sur un ou plusieurs corps certains, transfère-t-elle la propriété de l'objet choisi à dater du contrat ? Nous n'entrerons pas dans l'examen de cette controverse ; nous ne rechercherons même pas l'intérêt qu'elle présente. Disons seulement que l'opinion affirmative trouverait un appui solide dans un rapprochement entre le choix et la condition, et la négative, dans le rapprochement de l'obligation alternative et de l'obligation de genre.

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

sur l'origine de la maxime

*Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt
ad excipiendum*

et son application en Droit français

INTRODUCTION

Les jurisconsultes du moyen-âge aimaient à résumer leurs idées sur les théories du droit dans des formules généralement brèves et quelquefois saisissantes. C'était suivre l'exemple des auteurs du Digeste, qui ont terminé cette vaste compilation par une collection de fragments plus ou moins heureusement choisis et décorés du nom de règles (1). C'était aussi obéir à la tendance alors universelle de tout ramener à des principes abstraits dont on déduisait ensuite les conséquences par la méthode syllogistique. Oudot (2) prétend, non sans quelque apparence de raison, que tous les

(1) D., liv. 50, tit 17.

(2) *Essais de philosophie du droit*, p. 84.

vieux brocards ainsi formés sont d'un usage funeste, parce qu'imaginés pour l'explication de quelques espèces ils comprennent dans la généralité trompeuse de leurs expressions des cas régis par des règles bien différentes. Leur seul avantage, plus apparent que réel à cause des distinctions à faire, serait de soulager la mémoire, et leur moindre inconvénient de rendre l'esprit paresseux. Notre savant professeur, M. Labbé, pense, au contraire, « qu'il est utile et presque sans « danger de se servir de ces maximes, qui, de même « que des dictons populaires, présentent et résument « une idée ou un principe, non pas, il est vrai, avec « une exactitude scientifique, mais par la mise en « saillie de ses traits les plus caractéristiques » (1). C'est à ce dernier avis que nous croyons devoir nous ranger, à condition toutefois qu'on ne tombe pas dans l'excès et qu'on invoque seulement des maximes d'un sens suffisamment clair. Outre l'avantage mnémotechnique dont nous avons déjà parlé, on évitera ainsi la nécessité de remonter à chaque instant toute la série des principes dans les discussions courantes qu'engendre la pratique des affaires ou l'interprétation des lois.

L'adage *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* est sorti comme tant d'autres des vieilles écoles. Il signifie que le droit de se défendre ne se prescrit pas comme le droit d'attaquer, c'est-à-dire qu'on est toujours à temps d'invoquer un droit

(1) *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, p. 153.

dont on jouit, lorsqu'on est troublé par quelqu'un dans la jouissance qu'on en a.

Il est possible qu'une personne soit dans une situation telle qu'elle ne puisse invoquer son droit que par voie de défense. L'imprescriptibilité de l'exception (1) s'impose alors d'une façon absolue; sinon, le droit s'éteindrait à l'expiration du délai de prescription sans que son titulaire ait pu en prévenir la perte. Donnons des exemples.

PREMIER EXEMPLE. — *Primus* a emprunté dix mille francs à *Secundus*, puis en a reçu quittance par suite de remise ou de paiement. Après trente ans écoulés, *Secundus* agit en vertu de son titre de créance. Si nous supposons que la prescription ait été suspendue ou interrompue au profit du créancier, le débiteur ne pourra se défendre qu'en produisant la quittance, mais il pourra le faire, bien que plus de trente ans aient couru depuis le jour où elle lui a été consentie.

DEUXIÈME EXEMPLE. — *Primus* intente une action contre *Secundus*. La demande est rejetée. *Secundus* acquiert une exception fondée sur la chose jugée, mais n'acquiert pas d'action; car le jugement s'est borné à nier le droit du demandeur. Cette exception sera, sans contredit, perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle pourra être proposée à quelque époque que le demandeur ou ses

(1) Le mot *exception* est pris ici dans le sens de *défense*. Il en sera presque toujours de même dans le cours de notre travail.

successeurs élèvent de nouveau la même prétention déjà écartée (1).

Nous pouvons formuler ainsi qu'il suit l'idée qui ressort des solutions que nous venons de donner : l'effet d'un titre d'action est temporaire, tandis que l'effet d'un titre de libération est perpétuel.

Limitée aux cas de la nature de ceux qui ont été examinés ci-dessus, la règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ne serait plus qu'un principe d'évidence absolue et sans intérêt juridique. Qui pourrait douter que le droit de se défendre, quand il est seul, dure autant que la possibilité d'une attaque ? Mais on a presque toujours donné à notre maxime un sens plus large, savoir : Un droit peut être invoqué par voie de défense, même après la prescription de l'action fondée sur ce droit. Ici commencent les difficultés. Certains auteurs ne reconnaissent pas cette nouvelle application de la règle ; d'autres proposent telle ou telle restriction. Disons d'abord qu'une doctrine imposante et, en France du moins, une jurisprudence constante se prononcent pour le système le plus compréhensif.

Notre étude a pour objet de justifier théoriquement le principe que l'exception survit à l'action, d'en rechercher l'origine et de déterminer exactement sa portée dans le droit actuel.

(1) Savigny, *Traité de droit romain*. Trad. Guenoux, t. V, p. 447-8.

CHAPITRE PREMIER

Justification théorique de la règle

En général, un droit engendre une action et une exception (1). Il ne faudrait pas croire, cependant, que l'action et l'exception soient les deux termes d'une alternative, entre lesquels le titulaire du droit ait toujours à choisir; il y a concours seulement en ce sens que le droit peut avoir pour sanction, suivant les circonstances, l'une ou l'autre de ces deux voies juridiques. L'action seule est possible pour la personne qui est privée d'un objet auquel elle prétend, ou n'en a qu'une jouissance incomplète; l'exception suppose qu'on possède et qu'on est troublé dans sa possession, car on ne peut se défendre sans être attaqué. En résumé, l'action est le seul moyen d'obtenir la constitution d'un état de choses nouveau ou le rétablissement d'un état de chose disparu, l'exception

(1) Nous voulons dire par là que le droit peut être invoqué soit *en demandant* soit *en défendant*, mais non que l'action et l'exception sont des droits distincts du droit qui leur sert de fondement.

est le moyen de conserver une situation préexistante.

Ces notions préliminaires nous permettront de montrer que la prescription ne saurait avoir sur l'exception le même effet que sur l'action.

La prescription ne peut éteindre un droit sans que celui à qui il appartient ait négligé pendant un certain temps d'en user, cela est évident. Appliqué à l'action, ce principe conduit à dire : La prescription ne commence à courir que du jour où l'action a pu être exercée. Tel est le sens de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Appliqué à l'exception, le même principe amène logiquement à la déclarer imprescriptible. Pour se défendre, il faut être attaqué ; le droit d'exciper ne prend donc naissance que du jour de l'attaque. Or, qui choisit le moment de l'attaque ? Le demandeur à qui l'exception sera opposée, mais non le défendeur qui s'en prévaut pour repousser la demande. Si la prescription ne court pas contre un droit qui n'est pas encore né ou dont l'exercice n'est pas encore possible, elle ne courra pas contre l'exception qui ne peut-être mise en mouvement par la seule volonté de celui à qui elle sert de défense.

La conclusion à laquelle nous arrivons est que l'action se prescrit du jour où une violation du droit y donne ouverture, tandis que l'exception est perpétuelle ou pratiquement dure autant que l'action de l'adversaire à laquelle elle est opposée. C'est précisément ce qu'exprime l'adage : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*.

Qu'on ne dise pas que le possesseur pouvait prendre les devants au lieu d'attendre d'être poursuivi et que, n'ayant jamais été dans l'impossibilité de s'adresser à la justice, il doit perdre après un certain temps la faculté d'invoquer son droit sous une forme quelconque. Ce serait faire bien peu de cas de la possession. Le rôle de défendeur étant plus facile que celui de demandeur, il n'y a aucune raison d'y renoncer quand on n'est pas privé du droit auquel on prétend. L'inaction du possesseur, simple mesure de prudence, est trop naturelle pour qu'elle ne soit pas légitime. Serait-il juste enfin d'enlever au possesseur le droit le plus avantageux, l'exception, sous prétexte qu'il n'a pas exercé le moins avantageux, l'action.

Nous avons montré que l'action et l'exception ne naissent pas en même temps, ni des mêmes circonstances ; il nous suffira de montrer qu'elles peuvent aussi avoir des résultats différents, pour avoir établi que ce sont bien deux prérogatives (1) distinctes, dont les règles ne sont pas nécessairement identiques. La diversité des résultats est très-apparente dans l'hypothèse suivante. Un immeuble est vendu, la tradition doit être immédiate, mais un terme de cinq ans est stipulé pour le paiement du prix. Le contrat n'est pas exécuté : l'acquéreur ne paie pas, le vendeur garde l'immeuble, trente ans se passent. Quelle est la situation des parties ? Le vendeur peut encore pendant cinq

(1) C'est toujours un même droit qui est réclamé, mais dans des conditions différentes.

ans réclamer le paiement du prix, car la prescription de son action n'a commencé qu'à l'arrivée du terme, cinq ans après la vente. L'acquéreur a certainement perdu toute action à fin d'obtenir tradition, mais il peut encore, suivant la doctrine, que l'exception ne se prescrit point, opposer au vendeur l'exception *non adimpleti contractus* (1). On voit que l'acquéreur ne peut plus, après trente ans, demander l'exécution du contrat, c'était le but de l'action aujourd'hui prescrite ; il peut seulement au moyen de l'exception se faire maintenir dans le droit de ne pas exécuter son obligation (payer le prix), tant que le vendeur n'exécute pas la sienne (livrer l'immeuble).

L'exemple qui nous a servi à mettre en relief les résultats différents de l'action et de l'exception nous servira encore à établir que les motifs sur lesquels est fondée la prescription ne permettent pas de l'appliquer au droit de se défendre comme au droit d'attaquer. Quelle est la cause principale de la prescription ? Le besoin de sécurité.

Par le motif qu'en général chacun exerce les droits qui lui appartiennent, le législateur transforme irrévocablement en droit le fait non contesté dans un certain délai.

Quiconque fait pendant longtemps acte de propriétaire le devient, s'il ne l'est déjà en vertu d'un titre disparu ; quiconque se conduit pendant longtemps comme ne devant rien cesse d'être débiteur ou est présumé

(1) *Sic* Savigny, *Traité de dr. rom. trad.*, Guenoux, t. 5, p. 450, *contra* Unterholzner, *Verjahungslehre*, t. 2, § 159.

libéré. Or, dans l'hypothèse de vente que nous avons discutée, l'état de fait étant l'inexécution du contrat, c'est en faveur de l'acquéreur et contre le vendeur que milite le motif ordinaire de la prescription. Même résultat si on fonde la prescription sur la négligence apportée dans l'exercice du droit. La négligence est du côté du vendeur qui a attendu si longtemps pour réclamer l'exécution du contrat, non du côté de l'acheteur qui a toujours joui de l'indépendance qu'il veut conserver. Il est infiniment vraisemblable que le silence prolongé des parties est le résultat d'un accord tacite et que chacune a dû considérer l'autre comme renonçant à ses droits.

Plus on s'éloigne du moment de la vente, plus la situation de l'acquéreur devient respectable, plus par conséquent il y a de raisons d'autoriser l'exception. On voit que la personne qui invoque une exception est, grâce à la possession, dans une situation inverse de celle où se trouve la personne qui exerce une action, en sorte que l'imprescriptibilité de l'exception se justifie par les mêmes considérations que la prescriptibilité de l'action. La prescription et la règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* sont donc deux moyens d'atteindre un même but : maintenir autant que possible à chacun, dans l'intérêt général, la situation qu'il possède.

CHAPITRE II

Origine de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

SECTION I. — Le Droit romain.

Il serait inutile de chercher, dans le droit romain classique, le principe que l'exception survit à la prescription de l'action ; car les actions étaient en général perpétuelles. On ne saurait non plus établir le principe contraire par cette considération que certains droits étaient soumis à la condition d'être exercés dans un délai déterminé à peine de déchéance absolue. De deux choses l'une, en effet : ou le droit éteint par l'effet du temps était de sa nature temporaire, comme celui résultant d'un *sponsio* ou d'une *fidepromissio* (1), ou les raisons qui justifiaient, aux yeux des Romains, la limitation du droit d'agir justifiaient également la limitation du droit d'exciper, comme c'est le cas pour

(1) Gaius, *Comment.* 3, §. 121.

l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Dans la première hypothèse, le droit a vécu autant qu'il était destiné à vivre; dans l'autre, le sort de l'exception est réglé par des motifs d'un caractère spécial.

Il n'y a donc pas à conclure de là, que le droit d'exciper est indissolublement lié au droit d'agir quand il concourt avec lui. Cette manière de voir serait d'ailleurs en contradiction avec la théorie de l'action *quod metus causâ* et de l'exception *metus*. Si, en effet, la règle *quæ temporalia* ne présentait pas dans le droit classique, l'intérêt qu'elle a présenté plus tard, et, par suite, n'était pas formulée dans les textes, l'idée sur laquelle elle est fondée ne paraît pas avoir été complètement étrangère à la législation de cette époque. En voici la preuve. Qu'une personne eût consenti une promesse sous l'empire de la violence, elle avait le choix (si elle n'avait pas encore exécuté sa promesse), entre deux partis, intenter l'action *quod metus causâ* ou attendre qu'elle fut poursuivie et opposer au demandeur l'exception *metus*; mais l'exception était perpétuelle, tandis que l'action devait être exercée dans l'année (1). Or la perpétuité de l'exception *metus* avait été admise bien que l'édit ne contint aucune disposition sur ce point (2). Ne semble-t-il pas en résulter que, dans le cas où un droit était exceptionnellement soumis à la condition d'être exercé dans un certain délai, cette limitation

(1) L. 9, § 3, 14, §§ 1 et 2, D., 4-2; — Gaius, *Comm.*, 4, §§ 110 et 121; — *Instituts*, liv. 4, t. 12 pr., t. 13, §. 9.

(2) L. 1, D., 4-2.

était considérée, à moins de disposition contraire explicite ou non, comme ne s'appliquant qu'à l'action ?

La question de savoir quel est l'effet du temps sur les droits, qui n'a pas un intérêt général dans le droit antérieur au bas-empire, prend au contraire, beaucoup d'importance après la création de la prescription trentenaire. Il faut désormais résoudre le problème suivant. Peut-on se prévaloir d'un droit par voie d'exception, alors même qu'on ne peut plus le réclamer par voie d'action, ou encore, la prescription porte-t-elle sur le droit lui-même ou seulement sur l'action ? A lire attentivement la constitution de Théodose, il semble bien que la prescription ne porte pas sur le droit, car le texte ne vise que l'action : *actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur..... erit agenti triginta annorum præscriptio metuenda...* (1). Nous admettons donc que le droit survit à la prescription trentenaire, dépourvu, il est vrai, de sa principale sanction, l'action, mais susceptible de produire encore des effets juridiques, notamment de servir de base à une exception, si l'occasion s'en présente. Cette solution s'impose d'autant plus que la prescription, institution créée par le droit civil dans l'intérêt public au risque de quelques injustices particulières, ne doit pas être étendue en dehors des cas expressément prévus dans la loi.

Le principe que la prescription n'éteint que l'action

(1) L. 3 pr. C. 7-39.

étant établi, nous nous bornerons à en signaler les deux applications principales, l'une en matière de droits réels, l'autre en matière de droits de créance.

PREMIÈRE APPLICATION. — Je perds la possession d'un immeuble qui m'appartient; après trente ans je ne pourrai plus enlever l'immeuble à la personne qui l'a possédé pendant tout ce temps même sans en devenir propriétaire, car j'ai perdu l'action en revendication. Si je viens à recouvrer la possession, je garderai l'immeuble même à l'encontre de la personne que je ne pouvais évincer. C'est donc que mon droit de propriété a survécu à la prescription trentenaire et qu'il produit ses effets ordinaires dès que je puis l'exercer sans agir contre la personne au profit de qui s'était accomplie la prescription. L'exactitude de ce que nous avons dit des effets de la prescription trentenaire sur le droit de propriété d'après la Constitution de Théodose II, ressort d'une Constitution de Justinien (1), par laquelle ce prince, modifiant la législation antérieure, restreint la solution que nous avons donnée au cas où le possesseur était de mauvaise foi. Dans le cas contraire, la possession de trente ans transmettra la propriété de la chose au possesseur et par cela même éteindra absolument le droit de l'ancien propriétaire. C'est ainsi que les choses se passaient depuis longtemps lorsque le tiers possesseur était dans les conditions voulues

(1) L. 8, § 1, D., 7-39.

pour usucaper ou acquérir par la *præscriptio longi temporis* (1).

DEUXIÈME APPLICATION. — Un créancier néglige pendant trente ans de poursuivre son débiteur. Passé ce délai, l'action en paiement est prescrite ; mais, la créance peut-elle encore être invoquée par voie d'exception, c'est-à-dire opposée en compensation ? Oui, si la prescription ne porte pas sur le droit lui-même. C'est la vieille controverse sur le point de savoir : 1° si la prescription laisse subsister une obligation naturelle ; 2° si cette obligation naturelle peut-être compensée avec une dette exigible.

Sans entrer dans beaucoup de détails nous indiquons les motifs qui nous portent à résoudre affirmativement ces deux questions. Nous avons déjà observé que les termes de la Constitution de Théodose ne visent que le droit d'action. D'autre part, le droit de propriété survivant à la prescription trentenaire, pourquoi en serait-il autrement du droit de créance ? N'oublions pas que la loi qui établit cette prescription comprend toutes les actions réelles ou personnelles dans une seule et même disposition, et qu'on ne peut par conséquent l'interpréter dans un sens pour les actions réelles et dans un autre sens pour les actions personnelles. Ajoutons que, la prescription étant une institution du droit civil, il est absolument conforme aux idées des Romains d'admettre qu'elle laisse subsister une obli-

(1) L. 8, pr., C., 7-39 pour la *præscriptio longi temporis* : — loi 28, § 5, D., 4-6, pour l'*usucapion*.

gation naturelle (1). Si on veut un argument de texte, nous le trouverons dans la loi 7, pr., C., 7-39, qui établit que l'action hypothécaire à l'égard du débiteur dure encore après la prescription de l'action personnelle. Evidemment l'hypothèque suppose une obligation naturelle dont elle est la garantie (2).

L'existence de l'obligation naturelle admise, nous croyons avec Glück (3) et Savigny (4) que la possibilité de la compensation résulte de la loi 6, D, 16-2: *Quod naturā debetur venit in compensationem*. Il est vrai qu'Unterholzner (5) invoque en sens contraire la loi 14 D, 16-2: *Quaecumque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt*. Mais c'est trancher la question par la question, car ce dernier texte, à moins de contredire l'autre, ne doit être entendu que des exceptions qui ne laissent pas subsister d'obligation naturelle.

On peut donc se prévaloir d'un droit par voie de défense après la prescription de l'action fondée sur ce droit. Nous avons tiré ce principe de l'interprétation de la loi portant création de la prescription trentenaire.

(1) L. 84, §. 1, D. 50-17.

(2) Le *principium* de la loi 7, C. 7-39 prouve, en admettant la *perpétuité* de l'action hypothécaire à l'égard du débiteur, que la prescription laisse subsister une obligation naturelle *perpétuelle*. L'empereur Justin ayant restreint à quarante ans la durée de la dite action hypothécaire (l. 7, §. 1, *eod loco*), il ne faudrait pas en conclure que l'obligation naturelle disparaît après ce laps de temps. L'existence de l'hypothèque, en effet, démontre celle de l'obligation naturelle, mais elle n'en est pas la cause.

(3) *Erläuterung der Pandecten*, t. 15, p. 64.

(4) *Traité*, t. 5, p. 430-1.

(5) *Verjährungslehre*, t. 2, p. 314-5.

Ce n'est pas ainsi que procédaient nos anciens romanistes (1) ; ils citaient, comme présupposant la maxime *quæ temporalia.....* par les solutions qu'elles donnaient, les lois 5, § 6, D. 44-4, 5 et 6, Code 8-36 (2).

La première de ces lois a paru formelle, les commentateurs y renvoient toujours lorsqu'ils citent ou expliquent l'adage. Cette loi décide que l'exception de dol n'est pas temporaire comme l'action de dol : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita exceptio eodem tempore danda est, nam hæc perpetuo competit...* Les docteurs partent de là pour dire d'une manière générale que le droit d'exciper survit au droit d'agir. La conclusion est évidemment fausse. On sait, en effet, qu'il n'y avait pas concours entre l'action de dol et l'exception, à raison du caractère subsidiaire de l'action. Qui avait l'un de ces deux moyens n'avait plus ou n'avait jamais eu l'autre. La partie qui ne s'était pas encore dépouillée pouvait exciper, mais elle ne pouvait pas agir. Dans ces conditions la perpétuité de l'exception s'imposait et c'est tout ce que veut dire le texte cité. C'est par le même raisonnement que nous écarterons l'autorité de la loi 6, C. 8-36. Voici l'espèce qui y est résolue. Un débiteur obtient par des manœuvres frauduleuses que son créancier lui consente un pacte *de non petendo* ou, en d'autres termes, que son créancier lui donne quittance. Le créancier pourra poursuivre le débiteur, et contre l'exception *pacti*

(1) Voy. cependant Brunneman, *Comment. in Cod.*, sur la loi 3, C. 7-39.

(2) *Grande glose* sur ces lois.

conventi il aura une *replicatio doli*, quand bien même les délais pour intenter l'action de dol seraient passés. Ici encore la victime du dol n'a pas l'action *de dolo*, parce qu'il lui est possible d'en obtenir réparation incidemment à l'action en paiement, et, réduite au droit de réplique, elle peut en user à quelque époque que l'action en paiement soit intentée. Il y a une autre explication possible de loi 6, qui conduit à la même conclusion. L'auteur du dol, après que l'action de dol avait cessé d'être recevable, pouvait encore être poursuivi jusqu'à concurrence de son enrichissement (1). Or, dans l'hypothèse, le débiteur s'est enrichi de la valeur de la dette dont il s'est fait libérer. Le créancier pourrait donc obtenir par l'action *in factum* ce qu'il demande par la *replicatio doli*, l'annulation de la quittance. Qu'on entende la loi 6 d'une manière ou d'une autre, elle ne prouve pas que l'exception survive à la prescription d'une action temporaire.

Arrivons au troisième et dernier texte, la loi 5, C. 8-34.

« Licet Unde vi interdictum intra annum locum
« habeat, tamen exceptione perpetuâ ei succurri, qui
« per vim expulsus post retinuit possessionem, aucto-
« ritate juris manifestatur. »

L'espèce est la suivante. Une personne dépossédée par violence laisse passer l'année pendant laquelle elle pourrait intenter l'interdit *Unde vi*. Si cependant elle recouvre la possession de sa chose et que le spoliateur

(1) L. 28. D. 4-3.

agisse contre elle, une exception perpétuelle lui est accordée, l'exception *violentæ possessionis* (1). Malgré les apparences, nous ne trouvons pas dans la loi 5 le concours d'une action temporaire et d'une exception perpétuelle. En effet, l'interdit *Unde vi* n'est annuel qu'en tant qu'il a pour objet d'obtenir les condamnations graves indiquées par la loi 1, §§ 31, 40, 41, D., 43-16. Il est perpétuel, au contraire, à l'effet d'obtenir ce dont l'auteur de la violence s'est enrichi, la possession, c'est-à-dire ce que l'exception permet de conserver (2).

La règle que le droit d'exciper survit au droit d'agir n'est pas écrite dans les textes à l'aide desquels les anciens romanistes prétendaient l'établir, cela résulte de l'examen que nous en avons fait. Quelques auteurs allant plus loin, ont prétendu trouver dans le droit romain le principe contraire ; car c'est bien renverser la règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, que d'y apporter la restriction proposée par eux : *si scilicet non aliter nisi per exceptionem proponi possunt* (3). Ces auteurs s'inspiraient d'abord du motif donné par la loi 5, D., 44-4, de la perpétuité de l'exception de dol : *Cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur*. L'exception, disent-ils, n'est déclarée perpétuelle qu'à raison de l'impossibilité d'agir. C'est exagérer la portée de la loi 5 ; elle signifie seulement

(1) L. 1, § 5, D. 43-17.

(2) L. 4, D. 43-1 ; l. 1, pr. D. 43-16. — Unterholzner, *loco citato*, t. 2, p. 25.

(3) Lauterbach, *In Pandectas*, t. 3 et dern., liv. 44, t. 1, § 17.

que la perpétuité de l'exception s'impose, quand l'action n'a pas été possible. Le système que nous exposons s'appuyait encore sur les lois 9, § 4, D., 12-2, 8, § 13, D., 5-2, et les lois relatives à l'exception *non numeratæ pecuniæ* ; nous soumettrons les arguments qu'on en tirait à une analyse minutieuse.

Commençons par la loi 9. Un mineur défère le serment à son adversaire qui le prête et acquiert ainsi l'exception *jurisjurandi* : le mineur reprend ensuite la poursuite de son droit et prétend repousser l'exception par une réplique tirée de ce fait que le serment lui aurait été surpris. Le mineur n'aura la réplique que s'il est encore dans le délai pour solliciter la *restitutio in integrum* ; *præterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi*. Cette loi dit-elle que l'exception périt en même temps que l'action ? Non, car la prétention du mineur est une véritable demande. Il invoque le secours de la *restitutio in integrum*, non pour se défendre, mais pour enlever à son adversaire le bénéfice du serment qui l'a libéré. Et d'ailleurs, le mineur fût-il défendeur au fond du procès, sa prétention ne serait pas une simple exception. Les actes faits par un mineur sont, en effet, valables comme ceux d'un majeur, suivant le droit civil, et la *restitutio in integrum* n'est qu'un secours anormal. De quelque façon qu'elle soit implorée, c'est toujours une demande. On voit par là que le texte est complètement étranger à la théorie de la durée du droit d'exiper (1).

(1) Savigny, *loco cit.*, p. 443. — Faber, *Rationalia*, sur la loi 9.

Passons à la loi 8 D. 5-2. Il y est dit qu'un enfant exhéredé et en possession de l'hérédité peut repousser l'action de l'héritier institué en alléguant l'inofficiosité du testament *quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*. Brunneman, Henrys et d'autres entendent par là que la défense tirée de l'inofficiosité n'est recevable que si la *querela inofficiosi testamenti* l'est encore. Mais le texte ne dit rien de pareil, il n'y est pas question de délai (1). La difficulté résolue par la loi est relative à la compétence. La *querela inofficiosi testamenti* était de la compétence des Centumvirs; la loi 8 a eu pour objet de décider qu'elle pourrait néanmoins être soulevée incidemment devant le juge de la pétition d'hérédité. C'est une application de la règle que le juge de l'action est juge de l'exception (2). La loi 8 ne fournit donc aucun argument contre le principe de la perpétuité de l'exception en concours avec une action temporaire. D'ailleurs la restriction à une durée de cinq ans du droit d'alléguer l'inofficiosité même en défendant serait certaine que notre système n'en serait pas ébranlé. La possibilité de la *querela* tient en suspens le sort du testament, elle soulève des questions délicates sur l'état mental du testateur, les motifs de sa décision, autant de raisons d'apporter une dérogation au principe de la perpétuité des

(1) Voët, *Ad Pand.*, liv. 12, t. 1, n° 34.

(2) L. 1. C. 3-8; Faber, *rationalia*, sur la loi 8. Cette règle est précisément proclamée par le texte cité à propos de la pétition d'hérédité et de la nullité du testament.

exceptions en même temps qu'à celui de la perpétuité des actions.

C'est par des considérations du même genre que nous répondrons à l'argument tiré contre la maxime *quæ temporalia*.... de la théorie de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Cette exception constitue une faveur exorbitante pour celui à qui elle est accordée, mais, précisément à cause de cela, l'effet en est limité à une durée raisonnable (1).

La conclusion de notre longue discussion sera que les efforts de quelques docteurs pour trouver dans certains textes la limitation ou la condamnation de la maxime *quæ temporalia* ne sont pas plus heureux que ceux d'autres docteurs pour tirer le principe que l'exception survit à l'action des lois que nous avons expliquées tout d'abord. Cela n'a rien d'étonnant, vu que les textes invoqués de part et d'autre datent d'une époque où les actions même étaient perpétuelles. C'est seulement après la création de la prescription trentenaire que la question s'est posée de savoir si le droit d'exciper disparaît ou non avec le droit d'agir. La solution dépend uniquement de l'interprétation qu'on donne de la constitution de Théodose.

(1) Voët, *loco citato*.

SECTION II. — L'ancien droit français.

Nous avons vu que l'existence et la portée de la règle *quæ temporalia*.... avaient donné lieu à de longs débats entre les jurisconsultes des anciennes écoles. Il a toujours régné sur cette matière une grande obscurité qui tenait surtout à ce que la question n'était placée par personne sur son véritable terrain. Les docteurs qui admettaient la maxime, la fondaient sur des textes sans aucun rapport avec elle; ceux qui la repoussaient exagéraient l'importance de quelques lois relatives à des matières toutes spéciales et d'ailleurs mal interprétées. Les partisans de ce dernier système n'étaient pas toujours conséquents avec eux-mêmes. Ainsi, ils prétendaient restreindre la perpétuité du droit d'exiger au cas où le défendeur n'avait pas pu agir, et ils admettaient cependant la perpétuité de l'exception *metus* et de l'exception *violentæ possessionis*, qui concouraient avec des actions temporaires. Quoiqu'il en soit, la règle *quæ temporalia*.... passa dans la pratique des affaires, à tel point qu'avant de l'expliquer, Henrys s'excuse d'insérer dans son recueil des choses trop communes par la raison que les choses les plus communes ne sont pas toujours les mieux entendues. L'annotateur ajoute que c'est une maxime triviale au palais (1). Non seulement la règle a passé

(1) Henrys, *Œuvres*, t. 2, p. liv. 4, 361, question 178.

dans notre ancien droit, mais elle y a été admise avec le sens général que nous lui avons nous-même donné : l'exception survit à la prescription de l'action. Les auteurs l'appuient, il est vrai, sur la loi 5, § 6, D., 44-4 et le motif donné par cette loi que le demandeur agit quand il veut tandis que le défendeur ne peut faire valoir son droit que quand il est poursuivi; mais ils formulent le principe d'une manière tout à fait générale et ne se tiennent pas dans l'application aux limitations qu'ils semblaient annoncer. Papon (1) nous en offre un exemple frappant. Il rappelle d'abord la loi 5 : « car comme dit Paul en la « Loy..... le temps de l'exception ne se peut ny doit « reigler comme celui de l'action..... veu que le « demandeur a loy de soy aider de son action quand « il luy plaira..... le défendeur non pas ainsi de « son exception, mais est contraint d'attendre..... ». Puis notre auteur conclut en termes tout à fait généraux : « Dont a procédé la reigle que toutes « choses, qui sont limitées à demander dans un « certain temps, peuvent être conservées et retenues « par exception à tousiours ».

De même Henrys, après avoir fait la distinction du défendeur qui avait une action et de celui qui n'en avait pas, ne se l'approprie pas absolument et s'attache à un autre point de vue pour déterminer la durée de l'exception. L'exception est-elle inhérente ou étrangère à l'action? L'exception inhérente à l'action peut seule être opposée à une époque quel-

(1) *Second notaire*, liv. 9, div. 1.

conque. Un autre auteur, Tiraqueau (1), applique expressément la règle *quæ temporalia*.... à un cas où la personne qui l'invoque avait une action qu'elle a laissé prescrire.

Nous terminerons cette revue des opinions d'anciens auteurs par quelques citations de Dunod. Ce jurisconsulte parle de la règle dont nous recherchons le sens en plusieurs endroits de son traité des *Prescriptions* (2).

A la page 206 il est dit que les exceptions durent autant que les actions contre lesquelles elles ont lieu. A la page 90, à propos du *jus offerendi*, l'exception est déclarée perpétuelle quoiqu'elle fût en concours avec une action. Enfin, à la page 78, Dunod expose que les nullités ne se prescrivent « que par « rapport à ceux qui voudroient les proposer par « voie d'action, car elles peuvent toujours l'être par « voie d'exception ».

Bretonnier, dans ses *questions de Droit*, au mot *Bénéfice de restitution*, dit également, en parlant des nullités, qu'elles peuvent être opposées par action pendant trente ans et en tout temps par voie d'exception.

Il résulte de l'analyse que nous venons de faire que la pratique avait écarté complètement les restrictions que certains romanistes voulaient apporter à notre maxime. D'ailleurs il fallait choisir, ou

(1) *De retractu convent.* § 1 glose 2 n° 31.

(2) Ces citations sont empruntées à la troisième édition, Paris. Briasson, 1753.

donner à la règle un sens absolument général ou la proscrire ; car il aurait été impossible dans l'ancien droit de trouver des hypothèses pratiques auxquelles elle s'appliquât, si elle n'eût pu être invoquée que par les personnes dépourvues de toute action. On sait, en effet, que, par interprétation de la loi *Diffamari* (1), quiconque avait lieu de craindre une action de la part d'une personne pouvait la mettre en demeure d'établir immédiatement ses droits à peine d'en être déchue. Cette objection s'était présentée à l'esprit de quelques auteurs, mais ils ne l'avaient pas résolue (2).

Nous n'avons plus, pour avoir terminé l'étude de la règle *quæ temporalia...* dans l'ancien droit, qu'à montrer comment elle avait été limitée dans son application par une disposition de l'ordonnance de 1539 (3), et comment cette disposition elle-même était tombée en désuétude.

L'article 134 de l'ordonnance était ainsi conçu : « Nous
« voulans oster aucunes difficultés.... ordonnons
« qu'après l'âge de trente-cinq ans parfait et accompli
« ne se pourra, pour le regard du privilège ou faveur
« de minorité, plus déduire ne poursuivre la cassation
« des dits contrats en *demandant* ou en *déendant*. »

Cette décision évidemment inspirée par une interprétation inexacte de la loi 9 § 4, D., 12-2, que nous avons déjà réfutée, parut injuste aux jurisconsultes français ;

(1) L. 5, Code 7-14.

(2) Imbert, *Enchiridion*, V^o Exception.

(3) C'est l'ordonnance dite de *Villers-Coterets*.

Dumoulin dans son commentaire sur les mots *en demandant ou en défendant*, le dit en termes fort énergiques : *In hoc iniqua est constitutio* (1). Aussi, la pratique n'étendit pas la disposition de l'ordonnance aux nullités fondées sur d'autres causes que la minorité, et cessa même d'assez bonne heure de l'appliquer aux mineurs eux-mêmes, lorsqu'ils invoquaient véritablement la nullité par voie de défense. Henrys ne mentionne même pas l'article 134 de l'ordonnance dans sa dissertation sur la maxime *quæ temporalia*, et Dunod (2) accorde expressément à l'ex-mineur le droit de proposer la nullité d'une vente ou d'une obligation consentie en minorité à quelque époque qu'il soit poursuivi. De même que Henrys, Dunod ne parle pas de l'ordonnance de 1539, il l'ignore (3).

(1) Néron, *Recueils d'édits et ordonnances*, t. 1, p. 241.

(2) *Loco cit.* p. 79.

(3) Nous voulons seulement dire par là qu'il ne songe ni à la rappeler ni à réfuter l'argument qu'elle fournit contre la solution donnée par lui.

CHAPITRE III

La règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* dans le droit actuel

SECTION I^{re}. — Elle est admise à titre de règle générale

La règle *quæ temporalia*.... que notre ancien droit dans son dernier état admettait avec le sens général que nous lui avons nous-même donné, c'est-à-dire sans distinguer suivant que l'action avait été possible ou non, a-t-elle passé dans le droit actuel ? Oui, si le Code civil ne contient aucune disposition qui doive la faire écarter ; car elle est fondée sur les principes élémentaires de la justice et sur les nécessités de la pratique.

Or les articles 1304 et 2262 soumettent à la prescription les actions seulement :

« Dans les cas où l'*action* en nullité.... cette *action* « dure.... » (1304).

« Toutes les *actions* sont prescrites par trente ans. »
(2262).

Il en résulte que les exceptions sont perpétuelles faute de limitation légale. L'argument *a contrario* est ici dans toute sa force à raison du caractère arbitraire de la prescription qui ne permet pas d'étendre les dispositions de la loi au-delà de leurs termes.

Il y a plus, l'article 317 donne, en matière de désaveu, une décision tout à fait conforme à l'esprit de l'adage *quæ temporalia*. Le mari étant mort dans le délai utile pour agir en désaveu, mais sans avoir réclamé, ses héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant à compter du jour où cet enfant élève des prétentions à la succession du mari. Pour bien saisir la portée de l'article 317, il faut remarquer que les biens héréditaires ne sont pas l'objet direct du procès ; c'est la qualité d'héritier qui est en jeu. Cette observation faite, on peut traduire l'article de la façon suivante. Le délai de deux mois ne court pas au profit de l'enfant tant qu'il ne se présente pas comme héritier ; il ne court pas contre les héritiers appelés à défaut de l'enfant tant que l'abstention de ce dernier leur laisse l'apparence du titre héréditaire ; en effet, leur vocation résulte d'une parenté déjà établie tandis que la filiation de l'enfant est d'autant plus contestable que son abstention ou celle de son représentant légal justifie bien des soupçons. La situation change dès qu'en invoquant la présomption de légitimité qui milite en sa faveur l'enfant se donne la possession d'état d'héritier.

L'article 317 est fondé sur des considérations analogues à celles qui servent de base à la doctrine de la perpétuité du droit d'exciper, mais nous n'irons pas jusqu'à dire qu'il en soit une application véritable ; car il ne tient compte de la possession que pour fixer le point de départ d'un délai, non pour en déterminer la durée.

Qu'oppose-t-on à tous ces arguments ?

Que la règle *quæ temporalia* était fondée sur des motifs particuliers au droit romain et qu'elle ne s'appliquait qu'aux cas où celui qui l'invoquait n'avait pas pu saisir lui-même la justice. Mais nous avons montré qu'une pareille limitation proposée par divers commentateurs n'avait aucun fondement dans les textes et que la pratique l'avait complètement écartée.

Le Code civil n'a parlé que de la prescription des actions, disent quelques auteurs, c'est assez ; car le défendeur devient demandeur en tant qu'il invoque une exception. A l'adage *quæ temporalia*... on oppose cet autre tout aussi ancien et tout aussi respectable : *reus in excipiendo fit actor*. Voici notre réponse. Le principe *reus in excipiendo fit actor* n'a pas une valeur absolue, il faut pour le bien entendre distinguer deux hypothèses auxquelles peuvent se ramener toutes les autres :

1° Le défendeur se borne à critiquer la demande. Il soutient qu'elle n'est plus recevable, que le droit sur lequel elle se fonde est éteint, que le titre du demandeur est nul. Dans ces cas et autres de même nature, il y a connexité, lien étroit entre l'action et la défense,

l'une appelle l'autre. Sans doute c'est toujours au défendeur à prouver les faits qu'il avance ; mais il ne devient pas demandeur. L'adage *reus in excipiendo fit actor* n'est ici vrai qu'au point de vue restreint de la preuve ;

2° Le défendeur oppose à la demande une autre demande. C'est l'hypothèse de la reconvention. Il est certain que la demande reconventionnelle ne peut être basée sur un droit qu'on ne pourrait plus réclamer par action principale. Aussi la règle *quæ temporalia* d'après son but et d'après la tradition ne s'applique pas à cette matière. Nous verrons cela plus au long dans l'étude détaillée des conditions auxquelles est soumise l'application de notre maxime.

Autre objection :

« Dans l'esprit du droit français, un droit existe ou « n'existe pas... et si l'on n'a pas l'action, c'est que le « droit n'existe pas, ce qui exclut l'idée qu'il puisse « être invoqué même par voie d'exception (1). »

L'idée est ingénieuse, mais ne se trouve nulle part exprimée dans nos lois. Nous n'avons de dispositions tout à fait générales que sur la prescription des actions (art. 1304 et 2262). La prescription porte quelquefois sur le droit lui-même, mais seulement quand les conditions de la prescription acquisitive des droits réels ou de la prescription libératoire des créances se trouvent remplies (712-1234-2219). Et alors nous écartons la règle de la perpétuité des exceptions, comme

(1) M. Colmet de Santerre, *Cours analyt.* t. 5, sur l'art. 1304, n° 265 bis VI.

on le faisait déjà dans l'ancien droit; car elle doit compléter et non annuler les effets des prescriptions établies (1). Nous verrons plus loin que la maxime *quæ temporalia*, restreinte au cas d'une défense pure et simple ne peut être invoquée par la personne contre laquelle a couru une prescription acquisitive ou une prescription libératoire de créance.

Un dernier argument est tiré de la nécessité de mettre un terme à l'incertitude des droits (2), que prolongerait pendant un temps indéfini l'application de la maxime *quæ temporalia*... L'objection n'est pas invincible. Si on tient compte de ce fait que pour proposer une exception il faut posséder, on verra que le droit écarté par l'exception est un droit depuis longtemps négligé, tandis que celui qu'elle protège a la consécration d'une longue durée. Ainsi que nous l'avons établi dans notre chapitre premier, la prescription des exceptions aurait des résultats directement contraires à ceux de la prescription des actions. Ce n'est donc pas en repoussant, mais, au contraire, en admettant la perpétuité de l'exception qu'on obtiendra une stabilité plus grande. Muni d'une défense perpétuelle, le possesseur attendra que la prescription acquisitive lui assure la propriété de l'objet possédé ou que la prescription libératoire éteigne l'action à laquelle il est exposé. Un exemple rendra ce point parfaitement clair.

Primus vend un immeuble à *Secundus*. Le prix n'est

(1) Henrys, question 178.

(2) M. Colmet de Santerre, *loco cit.*, n° 265 bis VII.

pas payé, ni la chose livrée. Dix ans se passent. Supposons d'abord que le vendeur fût incapable au moment du contrat. Il pourra garder l'immeuble, en opposant la nullité de la vente, mais la propriété, transmise à l'acquéreur par le seul effet du consentement (1138), ne lui fera retour, s'il n'y a ni procès ni règlement amiable, qu'après un temps de possession suffisant pour prescrire. Si, au lieu du vendeur, l'incapable eut été l'acheteur, il pourrait refuser d'exécuter le marché, mais ne serait libéré, à défaut de poursuite ou règlement amiable, que par la prescription extinctive de l'action du vendeur.

En un mot, ou l'une des parties réclamera l'exécution de la vente et la question de validité sera tranchée au gré de l'incapable, ou les parties garderont provisoirement leur situation respective, qui sera plus tard confirmée par la prescription.

Les auteurs admettent assez généralement le système que nous avons adopté (1), mais beaucoup ne l'exposent qu'à propos de la théorie des actions en nullité ou en rescision régies par l'article 1304, matière qui donne lieu fréquemment d'appliquer la règle *quæ temporalia...*, et où précisément son application est le plus vivement contestée. Avant de passer à l'examen de cette importante question, résolue en faveur de la règle *quæ temporalia...* par une jurisprudence ferme et constante, nous devons citer quelques

(1) Merlin, *Répert.*, V° *Prescription*, sect. 2, § 25; — Troplong, *Prescription*, nos 827 et suiv. — Aubry et Rau, 4^e édit., § 771, 2^e.

cas d'application de notre maxime, en dehors des actions en nullité ou en rescision de contrats. Nous en avons indiqué un dans notre chapitre 1^{er} (1), nous en rencontrerons d'autres dans le cours de notre travail, bornons-nous pour l'instant à en citer trois, tous empruntés à la matière des successions.

PREMIER CAS. — Une personne meurt laissant un testament dont une ou plusieurs dispositions sont annulables ou sujettes à réduction. Les légataires s'abstiennent de toute réclamation ou perdent la possession de la succession, et l'héritier légitime entre en possession des biens du défunt, après un temps plus ou moins long. Trente ans s'étant écoulés depuis la mort du *de cujus*, les légataires (il faut supposer que la prescription n'a pas couru contre eux) réclament tout ou partie de la succession. L'héritier légitime peut-il opposer la nullité des legs ou les faire réduire? Oui, puisqu'il possède les biens qui sont l'objet du litige et que sa possession a commencé, par hypothèse, avant que la prescription de trente ans eût couvert les vices du testament, condition à la fois nécessaire et suffisante de l'application de la règle *quæ temporalia..*, ainsi que nous le démontrerons plus tard. Si jamais la perpétuité de l'exception a été nécessaire, c'est dans le cas que nous venons d'exposer; car l'héritier légitime, privé du droit de demander la nullité à quelque époque qu'il fût poursuivi, pourrait être victime d'un calcul frauduleux de la part des légataires. Ceux-ci

(1) V. p. 89.

attendraient, pour produire le testament et en demander l'exécution, que l'héritier eût perdu le droit d'en critiquer les dispositions. Cependant un pareil calcul n'est possible que de la part d'un légataire en faveur de qui la prescription est suspendue durant un certain temps, sinon le droit au legs s'éteindrait en même temps que l'action en nullité ou en réduction.

Nous avons dit que l'héritier peut encore après trente ans écoulés opposer la nullité du testament parce qu'il possède les biens de la succession. Merlin (1) et Troplong (2) en donnent un autre motif que nous ne croyons pas devoir accepter. L'entrée en possession de l'héritier légitime, disent-ils, a interrompu la prescription à son profit, il pourrait *agir*, à plus forte raison il peut *exciper*. Cela suppose que la prescription de l'action en nullité des dispositions testamentaires a pour condition première la possession des biens héréditaires par le légataire ou par l'héritier institué. C'est, en effet, l'opinion exprimée par Merlin: « Nul ne peut prétendre avoir prescrit une action ou.... s'en être libéré par le laps de temps « dans lequel l'exercice en était circonscrit, s'il n'en « a possédé l'objet pendant tout ce temps ». Il y a là une confusion de la prescription extinctive de l'action en nullité du legs avec la prescription acquisitive des biens héréditaires. La première n'est pas fondée sur

(1) *Loc. cit.* n° 3.

(2) *Loc. cit.*, n° 827.

la possession, elle ne comporte donc pas l'interruption naturelle. Par le seul fait que le testament n'est pas attaqué dans le délai de trente ans à partir de l'ouverture de la succession, l'action en nullité s'éteint (1). Merlin a été induit en erreur par la lecture d'un passage de Furgole (2). Cet auteur exige, en effet, la possession de trente ans, de la personne instituée dans un testament nul pour prétérition, c'est-à-dire pour vice de forme. Mais un testament nul pour vice de forme est véritablement un acte inexistant. Il en résulte qu'il ne saurait être question, dans l'espèce, que d'une prescription acquisitive des biens héréditaires. Et du reste cela est dit en termes formels : « la nullité ne pourra produire aucun effet, non que le « testament soit devenu valide, parce que cela ne se « peut point..... mais parce que la prescription aura « acquis à l'héritier la propriété des biens et produira « une exception qui détruit et exclut le droit de ceux « qui auraient pu demander l'hérédité, s'ils étaient « venus avant l'accomplissement de la prescription. » La solution donnée par Furgole serait encore exacte aujourd'hui dans l'hypothèse d'un testament nul pour vice de forme, nous devons l'écarter, au contraire, dans l'hypothèse d'un testament dont les dispositions sont seulement annulables ou réducibles. Un acte de cette nature ne peut-être attaqué que pendant un certain temps, sauf la faculté qui

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, § 616, note 27.

(2) *Traité des testaments*, t. 2 ch. 8, sect. 3, n^o 117.

appartient à l'héritier légitime en possession d'opposer la nullité à quelque époque qu'il soit poursuivi.

DEUXIÈME CAS. — Une personne meurt laissant deux fils. L'aîné se met en possession et jouit pendant plus de trente ans de la presque totalité des biens de la succession. Les enfants du cadet, mort lui-même sans avoir réclamé, demandent le partage par moitié. Le frère aîné produit un testament qui lui attribue toute la quotité disponible et réclame en conséquence les deux tiers de la succession. Les demandeurs répondent que, le testament ayant plus de trente ans de date, leur oncle a perdu le droit de l'invoquer pour la détermination de sa part. La Cour de cassation donne gain de cause à l'oncle par le motif que « la production du titre de l'auteur commun avait pour but non de faire reconnaître un droit nouveau, mais de justifier une possession préexistante; que dans cette position la Cour royale a justement appliqué la maxime »... etc. (1).

TROISIÈME CAS. — Un père donne à sa fille une dot à charge de retour à lui ou à ses héritiers (clause valable suivant la loi de l'époque). Plus de trente ans après la mort du père, ses héritiers réclament aux légataires de la fille dotée la restitution de la somme

(1) Cass., 13 août 1839, Sirey, 1839-1-913.

donnée à charge de retour. Les légataires opposent la nullité de la clause de retour en tant qu'elle portait sur la réserve de la fille dans la succession paternelle et demandent à retenir la valeur de la dite réserve sur la somme qu'ils devront restituer. Bien que trente ans se soient écoulés depuis l'ouverture de la succession du père et, par conséquent, depuis la naissance de l'action en réduction pour atteinte à la réserve, la Cour de cassation admet que la nullité peut encore être opposée en défendant et autorise la déduction demandée (1).

SECTION II. — La maxime *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* doit être appliquée même en matière de nullité ou rescision de conventions.

C'est une question fort controversée que celle de savoir si la règle *quæ temporalia*....., même admise à titre de règle générale, doit être appliquée aux actions en nullité ou en rescision régies par l'article 1304 du code civil. L'affirmative nous paraît certaine, mais elle suppose qu'on a préalablement résolu une autre question. Le délai de dix ans accordé par l'article 1304 pour l'exercice des actions en nullité ou en rescision est-il un délai préfix ou un délai de prescription? Nous verrons, en effet, dans

(1) Cass., 7 janvier 1868, Sirey, 1868, 1-150.

le cours de notre travail, que l'expiration d'un délai préfix emporte déchéance absolue du droit non exercé en temps opportun, en sorte qu'il ne peut pas plus servir de base à une défense qu'à une action. Prenons ce dernier point pour accordé, sauf démonstration ultérieure, et recherchons la nature du délai de l'article 1304.

On nomme préfix certains délais dont le législateur a déterminé la durée par des raisons d'ordre général, pour mettre un terme à l'incertitude des droits, écarter au plus vite la possibilité de débats irritants, abrégier les procédures, et sans tenir le même compte des intérêts privés que dans l'établissement des délais de prescription. La conséquence est que les délais préfix ne sont pas comme les délais de prescriptions susceptibles de suspension au profit des incapables (2252-3, 2255-6) ou d'interruption au profit de la partie qui a fait certaines diligences (2242 et suivants). Par le même motif la règle *quæ temporalia.....* ne s'applique qu'aux délais de prescription. Suspension, interruption, perpétuité du droit d'exciper sont trois choses qui ne vont pas d'ordinaire l'une sans l'autre.

Toullier (1) et Duranton (2) ont soutenu que les délais de l'action en nullité ou en rescision ne comportaient ni interruption, ni suspension, d'où il résulterait logiquement, d'après nous, que l'exception de nullité ne

(1) T. 4, 1^{re} partie, n^{os} 615-6.

(2) T. 12, n^o 548.

survivrait pas à la prescription de l'action. Toullier nous paraît se contredire, en admettant à la fois que le délai de l'article 1304 est un délai préfix et que la nullité peut, à toute époque, être proposée par voie de défense (1).

D'abord, dit-on dans cette opinion, le mot de prescription ne se trouve pas dans l'article 1304 et n'a même été prononcé qu'une fois dans les travaux préparatoires (2). Cela se comprend, d'ailleurs, car le législateur a réduit le temps ordinaire de la prescription pour consolider la propriété et empêcher le dépérissement des preuves. Or, cette idée ne permettait pas d'admettre que le délai de l'action en nullité pût être prolongé par l'effet d'une cause de suspension ou d'interruption. Si donc le législateur a omis de parler de la prescription, c'est évidemment pour en écarter les règles. Toullier va jusqu'à dire, tant cet argument lui paraît solide, qu'il serait effrayant pour la société de laisser incertain, pendant toute la vie d'un interdit, le sort des actes passés avec lui avant son interdiction.

Il nous semble facile de répondre au raisonnement qu'on vient de lire. Le mot prescription ne se trouve pas dans l'article 1304, mais dans l'ancien droit le délai de l'action en nullité ou en rescision était considéré comme un délai de prescription, susceptible de suspension et d'interruption. Pothier (3) expose que le

(1) Comparer, t. 4, 1^{re} partie, n^{os} 600 et 615.

(2) Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, t. 13. p. 368 et suiv.

(3) *Traité de la procédure civile*, part. 5, ch. 4, art. 2 § 6.

temps de la restitution (1) ne court pas contre l'héritier mineur de la personne qui a passé l'acte. Cet héritier aura pour agir, à partir de sa majorité, tout le temps qui restait au défunt au moment où il est mort. Telle était aussi la solution du droit romain: *Heredi minori post annum vicesimum quintum completum... dabimus... id duntaxat tempus, quod habuit is, cui heres extitit* (2).

Est-il vraisemblable que les rédacteurs du Code aient voulu rompre avec une tradition si anciennement établie et sans en rien dire? Quant à la stabilité de la propriété, elle ne leur paraissait pas compromise par les règles sur la suspension et l'interruption, puisqu'ils les ont expressément admises en matière de prescription trentenaire. Qu'on ait voulu abréger la durée ordinaire de la prescription, nous ne le contestons pas, mais nous répondons qu'un délai de dix ans, même susceptible de suspension ou d'interruption, sera toujours plus court qu'un délai de trente ans soumis aux mêmes chances d'augmentation. Nous n'invoquerons pas contre le système de Toullier un argument puisé dans un arrêt de la Cour de Pau (3), et auquel certains auteurs attachent beaucoup d'importance. Le délai de l'ar-

(1) Le temps de la restitution était déjà de dix ans dans l'ancien droit comme aujourd'hui. Ordonn. de 1510, art. 46. Le délai de dix ans était considéré, dans l'ancien droit, comme un *longum tempus*, c'est-à-dire qu'il ne suivait pas les règles des courtes prescriptions dites *statutaires* (Comp. 2278).

(2) L. 19, D., 4-4.

(3) 11 décembre 1835, Sirey, 1836-2-185.

title 1304 est une prescription, dit M. Laurent (1), parce qu'il en produit les effets, déchéance d'une part et libération de l'autre. L'argument ne prouve rien en voulant trop prouver. On pourrait, en effet, démontrer ainsi que tout délai, même celui du rémeré ou de l'action en révocation de donation pour ingratitude, ou même un délai quelconque de procédure, constitue une prescription véritable. Quel est le délai fixé par la loi pour l'exercice d'un droit dont l'expiration n'entraîne déchéance pour une personne, pour une autre avantage?

Si nous passons des idées générales à l'examen des textes invoqués dans le débat, nous sommes encore amenés à rejeter l'opinion de Toullier et de Duranton. L'article 2264 porte, il est vrai, que : « Les règles de la « prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans « les titres qui leur sont propres. » Mais on ne peut conclure de là que les règles sur l'interruption et la suspension sont inapplicables à la prescription décennale; car il faudrait en conclure aussi qu'aucune des règles du titre de la prescription ne s'applique aux différentes prescriptions mentionnées dans les diverses parties du Code, à moins d'un renvoi formel. Personne n'ose aller jusque-là. L'article 2264, placé sous la rubrique *du temps requis pour prescrire*, n'a pas une portée aussi large; il rappelle seulement que la loi a posé des règles particulières pour la prescrip-

(1) *Principes*, t. 19, n° 3.

tion de certains droits. Les auteurs qui invoquent l'article 2264 pour écarter les principes sur la suspension et l'interruption en matière d'action en nullité, reconnaissent par cela même que le délai de l'article 1304 est un délai de prescription. De même donc qu'ils argumentent de l'article 2264 nous argumenterons de l'article 2252.

Cet article dit que la prescription ne court point contre les mineurs et les interdits, sauf disposition contraire. Où est le texte qui fasse une exception à l'article 2252 en notre matière? On a essayé de le trouver dans l'article 1304 lui-même. La loi fixant expressément le commencement du délai au jour où l'incapacité cesse pour les actes faits par l'incapable lui-même, on tire de là *a contrario* que ce délai commence à courir du jour de l'acte dans tous les autres cas. Nous répondrons qu'après avoir indiqué le point de départ des dix ans pour les cas de violence, dol, erreur, incapacité de la femme mariée, les rédacteurs de l'article 1304 ont été naturellement conduits à le fixer également pour les cas de minorité et interdiction, mais qu'ils n'ont certainement pas eu l'intention de trancher la question de suspension. Au contraire de Toullier, il faut dire : l'incapacité empêchant la prescription de commencer l'empêche aussi de continuer ; car le mineur et l'interdit ne sont pas plus capables de confirmer l'acte annulable consenti par leur auteur que l'acte consenti par eux-mêmes (1).

(1) Comparer art. 1115 et Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, t. 13, p. 287 et suiv.

On a prétendu que la loi faisant courir contre les incapables le délai de l'action en rescision des ventes immobilières (1676), qui n'est que de deux ans, le délai de l'article 1304, qui est cinq fois plus long, devait *a fortiori* courir contre eux. Mais la disposition de l'article 1676 fournit plutôt un argument *a contrario* en faveur de notre doctrine qu'un argument *a fortiori* en faveur de la doctrine opposée. S'il a fallu une disposition expresse pour écarter les règles sur la suspension en matière de rescision de vente, il en faudrait une pour les écarter dans toute autre hypothèse de nullité ou rescision. Nous ajouterons que la disposition de l'article 1676 a des motifs particuliers; c'est une concession faite aux adversaires de la rescision pour lésion.

Terminons cette discussion en disant que la presque-unanimité des auteurs et des arrêts attribue au délai de l'article 1304 le caractère d'une prescription (1). L'opinion de Toullier et de Duranton, n'a été suivie que par Zachariæ (2), et par un arrêt de la cour d'Angers (3).

En établissant que le délai de l'article 1304 est un délai de prescription, nous avons écarté une objection qu'on pourrait faire à l'admission de la maxime *quæ temporalia.....* mais notre tâche n'est pas encore achevée. Si la règle en effet ne concerne que les délais

(1) Demolombe, t. 29, n° 132 et suiv.; — M. Colmet de Santerre, t. 5, n° 265 bis III à V; — Laurent, t. 19, n° 3 et suiv.; — Cass., 8 nov. 1843, Sirey, 1844, 1-129; — Agen, 10 janvier 1851, Sirey, 1851, 2-787 et beaucoup d'autres arrêts.

(2) Trad. Massé et Vergé, t. 3, p. 479.

(3) 22 mai 1834; Sirey, 1835. 2-337.

de prescription, il n'en résulte pas qu'elle doive toujours leur être appliquée.

Divers auteurs (1) ont soutenu que le principe de la perpétuité de l'exception, fût-il admis comme règle générale, devrait rester étranger à la matière des actions en nullité ou en rescision. Ils en donnent d'abord une raison historique. L'ordonnance de 1539 avait formellement écarté toute distinction entre l'action et l'exception au sujet de la prescription des actions en nullité ou rescision appartenant aux mineurs. Peut-on, le Code civil n'ayant pas tranché la question, ressusciter une distinction déjà abandonnée dans l'ancien droit ?

Cet argument ne résiste pas à un examen attentif. Il est bien vrai que l'ordonnance de 1539 avait astreint les mineurs à proposer la nullité des actes passés par eux en minorité dans un délai de dix ans tant en demandant qu'en défendant, mais cette disposition, toute spéciale d'ailleurs, avait été vivement critiquée.

Nous avons rapporté les paroles de Dumoulin à ce sujet et établi que, bien loin d'étendre la disposition de l'ordonnance en dehors de ses termes, la pratique avait cessé de l'appliquer aux mineurs eux-mêmes.

Merlin (2) résume ainsi le dernier état de la jurisprudence : « et par là, il (Dumoulin) avait amené la jurisprudence à ne les (les mots *en défendant*) appliquer

(1) M. Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis* VI et VII; — Laurent, *Principes*, t. 19, n° 51 et suiv.

(1) V° *Prescription*, sect. 2, § 25.

« qu'au cas où c'était comme jouant, sous le rôle ap-
« parent de défendeur, le véritable rôle d'un deman-
« deur proprement dit (1), que l'on venait, après les dix
« ans de sa majorité, exciper la lésion que l'on avait
« soufferte en minorité. »

Le véritable point de vue historique ainsi rétabli, nous pouvons reverser les termes de la question posée par les partisans de l'opinion contraire à la nôtre. Qu'on nous montre un texte, dirons-nous à notre tour, ou qu'on nous donne une raison qui établisse que les rédacteurs du Code civil ont entendu écarter la tradition ancienne? D'ordinaire les innovations sont longuement débattues dans les travaux préparatoires et pompeusement annoncées dans les discours des orateurs du Tribunat et du Conseil d'Etat.

Nos adversaires invoquent l'autorité du tribun Jaubert (2), qui, en exposant la théorie de l'acte nul et de l'acte annulable, a dit qu'on pouvait à toute époque proposer la nullité du premier tandis qu'on ne pouvait que pendant un temps limité proposer la nullité du second. Cela est parfaitement logique, dit-on, car l'acte annulable existe tant qu'il n'est pas annulé. La loi reconnaît cet acte puisqu'elle le répute valable *ab initio* au cas de confirmation (1338) ou de prescription de l'action en nullité. Critiquer un acte provisoirement existant c'est se constituer demandeur, il faut donc être dans le délai fixé par l'article 1304. A

(1) Nous indiquerons plus tard diverses hypothèses de ce genre.

(2) *Rapport au Tribunat*, Fenet, t. 13, p. 368 et suiv.

vrai dire, il n'y a pas d'exception de nullité en matière de nullité relative, l'action seule est possible, et, l'action éteinte, les vices du contrat sont purgés.

Il est facile de voir, répondrons-nous, qu'on exagère la portée des paroles du tribun Jaubert. Elles n'ont d'autre but que d'exprimer une idée fort exacte, savoir, qu'il n'est jamais nécessaire de se pourvoir contre l'acte infecté de nullité absolue et qu'il peut être nécessaire d'attaquer dans un certain délai l'acte simplement annulable. En un mot, Jaubert donne la raison de la disposition contenue dans l'article 1304, mais ne dit pas que cette disposition s'applique au droit d'exciper comme au droit d'agir. Et maintenant, est-il exact de dire qu'opposer la nullité, c'est ce porter demandeur? Nous ne le croyons pas. Le droit de défense comprend naturellement le droit d'examiner les moyens de la demande et d'en discuter la valeur. Or, celui-là ne fait rien de plus qui, assigné en exécution d'un contrat, répond que le contrat est nul. L'individu qui a laissé passer le délai d'action ne peut pas demander la nullité, mais il peut, sans sortir du rôle de défendeur, repousser les attaques d'un adversaire qui s'appuie sur un titre vicieux. Le droit d'opposer à toute époque la nullité du contrat résulte de ce fait que la possession dispense d'agir et que l'action seule est soumise à la prescription.

Une dernière considération nous paraît décisive en faveur du système que nous avons adopté. La prescription décennale est une ratification présumée; c'est une raison de ne l'appliquer qu'à l'action.

Le silence de la personne qui a exécuté un contrat vicieux donne lieu de croire qu'elle entend ratifier; mais le silence de la personne qui a continué de posséder l'objet du contrat n'a pas la même signification. Dans ce dernier cas, c'est plutôt la présomption contraire qui résulte des faits. Le possesseur a dû croire que son adversaire renonçait à se prévaloir d'un titre contestable et penser que la possession était pour lui-même une garantie suffisante. On voit par là que l'esprit de l'article 1304 n'est pas plus que son texte, contraire à la perpétuité de l'exception de nullité.

Des auteurs ont cru pouvoir argumenter contre notre maxime de l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Cet article décide que les actes passés par une personne placée dans un établissement d'aliénés, quoique non interdite, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304, mais il ne fait courir le délai de dix ans que du jour où la personne, qui a souscrit les dits actes, en a eu connaissance après sa sortie définitive de l'établissement. « Si on a jugé nécessaire..., dit M. Colmet de « Santerre (1), d'amender le Code civil, en donnant « pour point de départ au délai la connaissance acquise « par l'aliéné de l'acte; c'est qu'on a précisément « aperçu le cas où l'aliéné ignorerait qu'il a fait l'acte « et qu'on a pensé alors qu'il pourrait être lié... or, il « n'eût pas été lié, si, même après les dix ans, l'auteur « de l'acte avait pu se prévaloir de l'exception de « nullité. »

(1) T. V, n° 255 *bis* VIII.

Cela revient à prétendre que la perpétuité de l'exception de nullité rendrait inutile la disposition de l'article 39 de la loi de 1838. Or, il n'en est rien ; car, même dans notre système, le droit commun n'eût pas suffisamment protégé l'incapable. Il suffit pour le prouver de supposer que l'acte consenti par l'aliéné ait été exécuté et que dix ans se soient écoulés depuis que ce dernier est sorti de l'établissement. A défaut de l'article 39, l'ex-aliéné eût alors été irrévocablement lié. Il n'aurait plus eu ni l'action éteinte par la prescription, ni l'exception parce qu'il y a eu dessaisissement. Ainsi l'article 38 de la loi de 1838 accorde une faveur spéciale à la personne placée dans un établissement d'aliénés sans être interdite, mais il ne saurait servir de base à une interprétation restrictive de l'article 1304 du Code civil.

Disons enfin que la doctrine suivie par nous conduit à des résultats bien plus satisfaisants que la doctrine contraire. Qu'un incapable, mineur ou interdit, ait signé un acte dont il ait ensuite perdu le souvenir et que le créancier intente son action dix ans après la cessation de l'incapacité, l'ex-incapable n'apprendra l'existence de l'acte qu'à un moment où il n'aura plus l'action en nullité ; l'exception seule pourra lui permettre d'en éviter les conséquences. Dira-t-on qu'en l'espèce le contrat serait nul et non pas seulement annulable ? Nous répondrons qu'une personne d'esprit faible ou d'âge peu avancé ne conservera pas toujours le souvenir d'actes auxquels

elle aura cependant donné un consentement suffisant pour la formation du lien juridique. D'ailleurs, obliger l'ex-incapable à prouver qu'il n'a pu consentir et qu'il a effectivement oublié, c'est le priver de la garantie qui lui est accordée par la loi pour les actes passés avant qu'il fût devenu pleinement capable, la nullité de droit. Il y a plus. Supposons qu'une personne meure après avoir signé un billet sous l'empire de la violence ou du dol et que son héritier en ignore l'existence. Par quel moyen autre que l'exception l'héritier pourra-t-il éviter d'acquitter la dette, s'il n'est poursuivi qu'après la prescription de l'action en nullité? Des auteurs ont dit qu'il y aurait fraude de la part du créancier et qu'à titre de réparation on le priverait du bénéfice de la prescription. Mais le créancier n'a fait qu'user du droit que la loi lui donnait de différer pendant trente ans l'exercice de son action.

Laurent dit que c'est l'effet de toute prescription d'éteindre un droit non exercé, qu'il fût ou non connu de la personne à laquelle il appartenait. Il cite le cas de l'héritier qui laisse prescrire une créance de la succession, dont il ignorait l'existence. Quelle différence! L'héritier, dans l'exemple de Laurent, perd un droit sur lequel il n'a jamais compté, tandis que, dans notre espèce, il devrait donner tout ce qu'il possède peut-être en paiement d'une obligation ignorée jusqu'au jour où la nullité a été couverte. C'est que, nous ne saurions trop le répéter, la prescription libératoire de créance court contre une

personne qui ne possède pas, tandis que la prescription extinctive de l'action en nullité peut courir contre une personne qui possède.

Tous les arguments de nos adversaires étant écartés, il nous reste à conclure.

La règle *quæ temporalia...* doit être admise en matière de nullité ou rescision comme en toute autre matière. Cette doctrine, enseignée par Demolombe (1) et combattue par M. Colmet de Santerre (2), est celle de la jurisprudence (3).

Un arrêt de la Cour de Toulouse, déjà ancien (4), a décidé que la règle *quæ temporalia...* ne devait pas être appliquée à la nullité d'une obligation pour défaut de versement des espèces. A l'appui de son système, la Cour invoque d'abord l'autorité de divers arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par Catellan (5), qui auraient ainsi résolu la question.

Il suffirait de répondre que les arrêts du Parlement pouvaient être fondés sur les lois romaines relatives à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, lois aujourd'hui abrogées, mais nous préférons montrer que ces arrêts n'ont pas dit ce que la Cour de Toulouse leur fait dire. Catellan rapporte trois arrêts, tous trois relatifs à des actions en paiement de dot quittancée. Le mari ou ses ayants-cause demandent paiement et atta-

(1) T. 29, n° 136-7.

(2) T. V, sur l'art. 1304, n° 265 *bis* VI et suiv.

(3) Cass., 5, avril 1837, Sirey, 1837, 1-434; — Cass. 1^{er} décembre 1846, Sirey, 1847, 1-289; — Paris, 21 avril 1836, Sirey, 1837, 2-17; — Bordeaux, 6 avril 1843, Sirey, 1843, 2-422.

(4) 18 nov. 1836, Sirey, 1837, 2-324.

(5) *Arrêts remarquables*, t. 2, liv. 5, ch. 57.

quent par voie de réplique la quittance qui leur est opposée, alléguant qu'il n'y a pas eu versement des deniers. On voit que le défaut de versement des deniers n'était qu'en apparence invoqué par voie d'exception ; il l'était en réalité par action.

Ajoutons que, dans l'une des espèces, la question de versement des deniers ayant été soulevée dans le délai utile pour agir, c'est évidemment par des considérations étrangères à la durée des exceptions que le débat fût vidé.

La Cour de Toulouse donne d'autres motifs, qui conduiraient à écarter absolument le principe de la perpétuité de l'exception de nullité. Cette dernière solution se comprend, mais il est impossible d'admettre que la règle s'applique à tel cas et qu'elle ne s'applique pas à tel autre ; car les motifs donnés pour et contre ont une portée générale. Aussi la Cour de Toulouse n'a été suivie par aucune autre dans la voie où elle s'était engagée et sa décision est demeurée absolument isolée.

La règle *quæ temporalia* établie, nous devons étudier les conditions auxquelles son application est soumise. Nous démontrerons qu'elle ne s'applique pas aux délais préfix et qu'elle suppose de la part de la personne qui l'invoque la possession de l'objet du litige.

CHAPITRE IV

La règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ne s'applique pas aux délais préfix.

Nous avons vu qu'en droit romain l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne survivait pas à l'action dont était également pourvu le débiteur qui pouvait l'invoquer. Suivant une certaine opinion l'inofficiosité du testament ne pouvait être proposée même par voie de défense après le délai de cinq ans auquel était limité l'exercice de la *querela inofficiosi testamenti*. Plus d'un auteur admettait ces deux points dans notre ancien droit (1). Il paraît également que, dans le ressort du Parlement de Toulouse, la faculté pour les femmes d'invoquer l'exception du sénatus-consulte Velléen était limitée à une durée de dix ans (2).

Aujourd'hui encore nous devons écarter la règle *quæ temporalia*.... toutes les fois que la loi exige qu'un droit soit exercé dans un certain temps à peine de déchéance. Cela pourrait résulter d'une disposition

(1) Henrys, Brunneman, *loc. cit.*

(2) Catellan, *Arrêts remarquables du Parl. de Toulouse*, t. 2, p. 251.

formelle, mais les motifs d'une loi, son esprit peuvent donner à cet égard des indications suffisantes. Qu'on ne dise pas que cette limitation de la règle est arbitraire après les précédents rappelés tout à l'heure, ni qu'elle n'est pas appuyée sur un texte, car on peut en dire autant de la distinction des délais prefix et des délais de déchéance couramment admise en d'autres matières.

Merlin (1) met parfaitement en évidence l'idée que nous avons formulée :

« Il y a pourtant une exception à cette règle : c'est
« que la prescription court contre l'action, nonobstant
« la possession de celui à qui l'action appartient,
« lorsque la loi, en fixant le délai....., exclut, d'une
« manière non équivoque, toute distinction entre le
« cas où celui à qui elle la défère, en possède l'objet,
« et le cas où il n'en a pas la possession ».

Un arrêt de la Cour d'Agen proclame le même principe en termes généraux dans une espèce qui ne pourrait plus se présenter aujourd'hui. Une femme, qui s'était obligée avant la promulgation du Code civil, opposait à son créancier l'exception du sénatus-consulte velléien. La Cour, après avoir constaté la jurisprudence du Parlement de Toulouse sur la matière, repousse l'exception comme tardive par le considérant que nous reproduisons : « sans qu'elle puisse s'aider
« de la maxime *quæ temporalia*... qui ne peut jamais
« être efficacement invoquée par ceux qui... étaient

(1) *Répert.*, V.^o *Prescription*, sect, 2, § 25, n^o 4.

« assujettis par la loi... à agir dans le délai déterminé... tant en demandant qu'en défendant (1). »

Autant la règle est certaine, autant les applications en sont délicates. Merlin ne donne aucune indication qui puisse servir de guide; il se contente d'examiner la question par rapport aux délais d'appel, de recours en cassation et de requête civile. Nous ne le suivrons pas sur ce terrain, car il est incontestable que la maxime *quæ temporalia...* ne saurait être appliquée aux nombreux délais de procédure (2), généralement courts et fondés sur des idées absolument étrangères à la matière de la prescription. En nous bornant au droit civil nous allons citer quelques cas dans lesquels la déchéance résultant de l'expiration d'un délai porte sur le droit non exercé qu'on l'invoque en demandant ou en défendant. L'analyse que nous en ferons fera ressortir les raisons par lesquelles on pourra résoudre les hypothèses de même nature.

PREMIER CAS. — Pierre vend à Paul un animal domestique de l'espèce chevaline. L'animal est livré, mais le prix n'est pas payé. Paul pourra-t-il sur l'action en paiement du prix alléguer, à quelque époque que ce soit, l'existence d'un vice rédhibitoire ? Savigny (3).

En théorie pure, car les textes romains ne donnent pas de solution sur ce point, se prononce pour l'acheteur. Mais l'opinion contraire est seule conciliable

(1) Sirey, 1836, 2-569.

(2) Voyez cependant. Code de proc. civ., art. 443.

(3) *Traité de dr. rom.*, tr. Guenoux, t. 5, p. 451.

avec les dispositions de la loi française sur les vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux. Et d'abord, l'acheteur est obligé de faire certaines démarches dans un délai très court à partir de la livraison de l'animal, requête en nomination d'experts, dénonciation au vendeur, expertise (1). Ces formalités ayant pour but d'assurer une vérification sérieuse de l'état de l'animal au moment de la vente, il est évident que l'acquéreur qui ne les aurait pas remplies ne pourrait élever aucune prétention. Si nous supposons remplies les formalités relatives à la vérification de l'état de l'animal et le prix encore dû, l'acquéreur pourra-t-il attendre l'action du vendeur en paiement et laisser passer les délais de l'action rédhibitoire sans perdre son droit? Non. La loi ne parle que de la demande, il est vrai : « le délai « pour intenter la *demande* (art. 5); la *demande* (art. 8, « § 3; » Mais le procès soulève les mêmes difficultés que l'expertise. Il faudra discuter le procès-verbal des experts, procéder peut-être à un nouvel examen de l'animal dont l'état peut changer, toutes questions qui deviennent de plus en plus délicates à mesure qu'on s'éloigne du moment de la vente. Du reste, l'intention du législateur d'assurer une solution rapide apparaît dans l'ensemble de la loi et dans les travaux préparatoires dont elle est sortie. L'article 9, § 2, indique bien que le procès doit commencer au plus tôt. La demande est dispensée du préliminaire de conciliation ; elle est instruite et jugée comme affaire sommaire. En résumé, les délais accordés par la

(1) L. 26 août 1884, art. 7 et 8.

loi sont des délais de déchéance, la règle *quæ temporalia*.... leur est donc étrangère. A défaut de disposition formelle cela résulte suffisamment du caractère spécial de la matière et de l'intention manifeste du législateur.

DEUXIÈME CAS. — L'article 19 de la loi des 30-1 octobre 1886 sur *l'organisation de l'enseignement primaire* est ainsi conçu :

« Toute action à raison des donations et legs faits
« aux communes antérieurement à la présente loi,
« à la charge d'établir des écoles ou salles d'asile dirigées par les congréganistes ou ayant un caractère
« confessionnel, sera déclarée non recevable si elle
« n'est pas intentée dans les deux ans qui suivront le
« jour où l'arrêté de laïcisation ou de suppression de
« l'école aura paru au *Journal officiel*. »

Qu'arriverait-il si dans les deux ans, sans procès ni convention formelle, l'administration municipale laissait le donateur ou ses ayants-cause se mettre en possession de l'objet donné sous une condition qui a cessé d'être accomplie, et que plus tard elle exerçât une action en revendication ? Si la règle *quæ temporalia*... peut-être invoquée, le donateur répondra à la revendication par une demande en résolution pour inexécution des charges. Sinon, la commune triomphera, son titre de propriété, la donation, étant devenu irrévocable faute d'avoir été critiqué dans le temps prescrit par la loi.

Ici encore, nous écarterons notre maxime. Sans

aucun doute les auteurs de la loi de 1886 ont voulu que la situation des communes ne fût pas trop longtemps indécise. C'est pour cela qu'ils ont diminué de vingt-huit ans la durée ordinaire des actions en résolution. On peut voir dans les travaux préparatoires qu'il fut question de dispenser purement et simplement les communes de l'exécution des charges ; enfin une action fut laissée aux donateurs, mais étroitement limitée. Peut-on croire d'ailleurs que le législateur ait voulu laisser indéfiniment pendantes des difficultés de nature à surgir sur tous les points du territoire ? Non. Donc après deux ans depuis l'arrêté de laïcisation ou suppression, il y a déchéance absolue. N'oublions pas, en effet, que l'article 19 est une disposition transitoire pour la prompte liquidation du passé.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de trancher une question semblable, mais elle l'a tranchée dans un sens absolument contraire, c'est-à-dire qu'elle a admis l'application de la maxime *quæ temporalia.....* Il est vrai, qu'au lieu d'être invoquée par les particuliers contre les communes, la règle était invoquée par les communes contre les particuliers.

Une loi du 28 août 1792 accordait aux communes un délai de cinq ans pour se faire restituer contre les abus de la puissance féodale en matière de triage. Qu'une commune se fût mise en possession dans le délai de cinq ans sans jugement, ou en vertu d'un jugement nul, ou encore d'un jugement rendu contre un autre que le véritable propriétaire, qu'après les cinq ans écoulés le propriétaire agît en revendication contre

la commune, la question se posait de savoir si cette dernière pouvait encore exciper de la loi de 1792 pour conserver sa possession. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation se prononce en faveur des communes. Merlin qui rapporte quatre arrêts rendus en ce sens les approuve d'avoir fait une saine application de la maxime *quæ temporalia*, et, parlant d'un arrêt de la Cour de Douai qui admet la solution opposée, il s'exprime de la façon suivante :

« Donc la Cour..... a violé les divers articles du
« Code civil qui servent de fondement à cette maxime ...
« donc son arrêt du 14 juin 1820 aurait eu le même
« sort que celui du 5 août 1817 si la commune.....
« s'était pourvue en cassation (1). »

Troplong se range à l'avis de Merlin et de la Cour de cassation. C'est, au contraire, l'avis de la Cour de Douai qui nous paraît préférable. La loi de 1792 soumettait les propriétés féodales à une révision en faveur des communes, mais elle imposait à ces dernières l'obligation d'établir leurs droits dans un délai assez court et par la voie judiciaire. Cela résulte du texte de l'article 1^{er} :
« Et pour *rentrer en possession* les communes seront
« *tenues de se pourvoir* devant les tribunaux, dans
« l'espace de *cinq ans*. »

On dirait en vain que la commune qui s'est mise elle-même en possession n'a pas à y rentrer, et que, par conséquent, elle échappe à l'obligation d'agir dans le délai. Il est évident que ces mots « pour rentrer en

(1) *Questions de droit*, V^e triage, § 3.

« possession » veulent dire « pour jouir du bénéfice de la loi ; » car c'est dans la propriété et non dans la possession seulement que les communes étaient admises à rentrer par l'effet d'un jugement. Nous croyons donc que l'exercice de l'action dans le délai prescrit était une véritable condition de l'application de la loi de 1792. L'Assemblée législative voulait avant tout éviter que les communes ne se fissent justice elles-mêmes et limiter l'effet d'une loi révolutionnaire.

AUTRES CAS. — Nous citerons encore, comme exemple de délais prefix, ceux de l'action en révocation de donation pour ingratitude et du réméré. Aubry et Rau considèrent le délai de l'action en rescision des ventes immobilières pour lésion de plus de sept dixièmes comme un délai prefix (1), auquel, par conséquent, ne s'appliquerait pas la règle *quæ temporalia...* Cette manière de voir nous paraît contraire à la tradition. L'action en rescision des ventes immobilières a toujours été rapprochée des actions en rescision comprises avec les actions en nullité dans les termes de l'article 1304 ; or, on admet généralement que les délais accordés par cet article sont des délais *de prescription*. Il en doit être de même du délai de l'action en rescision des ventes immobilières. Si ce délai court contre les incapables (1676), c'est en vertu d'une disposition expresse fondée sur des motifs particuliers (difficultés des estimations rétrospectives,

(1) 4^e édition, § 771, n^o 4.

doutes sur la légitimité de l'institution), mais, à tout autre point de vue, il sera soumis aux règles des délais de prescription. Nous sommes là dessus d'accord avec Merlin (1), que nous combattons tout à l'heure. Ce juriconsulte ne semble même pas penser que son opinion puisse être contestée.

Nous n'essaierons pas de donner une énumération des nombreux délais de déchéance, il nous suffit d'avoir montré par quelques exemples que la loi astreint parfois à exercer un droit dans un certain délai à peine d'en être absolument privé.

(1) *Répert.*, V^o *Prescription*, § 25, n^o 3.

CHAPITRE V

La maxime *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ne peut être invoquée que par la personne qui possède.

Au point de vue rationnel nous avons fondé la maxime *quæ temporalia*... sur une idée analogue à celle qui sert de base à la prescription, le respect des situations acquises, et nous avons ajouté qu'elle ne devait pas aller à l'encontre de cette institution tutélaire. Il suffit pour cela d'exiger de la part de celui qui invoque la règle la possession du droit qu'il veut conserver. Si le défendeur possède, c'est le demandeur qui prétend troubler l'ordre de choses établi, c'est lui qui soulève une contestation en s'appuyant sur un droit déjà fort ancien ; le défendeur, au contraire, lutte pour garder une situation dans laquelle il n'a pas été inquiété de longtemps. Qui encourt le reproche de négligence ? La personne qui, nantie d'un droit dont elle retire chaque jour les avantages matériels, attend qu'il lui soit disputé pour faire valoir ses moyens, ou

celle qui, armée d'un titre peut être contestable, ignoré, oublié, se renferme dans un silence assez prolongé pour tromper l'adversaire? Evidemment celle qui s'appuie sur la possession est bien plus que l'autre en droit de faire appel au principe *vigilantibus jura subveniunt non dormientibus*. Est-il besoin de rappeler l'importance que la loi et les mœurs ont toujours attachée à la possession? On connaît les vieux brocards qui ont cours à ce sujet : *frustra petis quod intus habes; possidenti non competit actio sed exceptio*. Le silence du possesseur s'explique par l'ignorance possible d'un titre contraire, la croyance que l'autre partie renonce au droit non exercé, la pensée naturelle qu'il sera toujours temps de se défendre au moment de l'attaque, et l'intention légitime de ne pas perdre en prenant l'initiative d'un procès les avantages résultant de la qualité de défendeur. Le silence de la partie qui ne possède pas n'a, au contraire, aucune excuse. Si elle n'est pas négligente, de deux choses l'une, ou elle n'ose exercer un droit justement critiquable, ou elle veut imposer à l'adversaire une fausse sécurité jusqu'à l'expiration du délai d'action. Ce calcul réussirait si le droit de défense ne survivait pas à la prescription du droit d'action.

Les développements que nous avons donnés montrent qu'il y a une liaison intime entre l'idée de possession et le principe de la perpétuité des exceptions. Il en résulte que la possession est une condition suffisante, mais en même temps une condition nécessaire de l'application de la règle *quæ temporalia*... Ainsi cette

règle ne peut être invoquée, ni par le demandeur à l'appui d'une réplique, ni par le défendeur à l'appui d'une demande incidente. Nous reviendrons sur ces deux points après avoir recherché en quoi consiste la possession requise et quelles qualités cette possession doit avoir.

SECTION I^{re}. — En quoi consiste la possession requise

La possession ne saurait toujours avoir le même caractère. Elle sera *positive* si le droit sujet à litige a un objet matériel susceptible d'appréhension; elle sera *négative* si c'est sa liberté même que le défendeur se voit contester. Une hypothèse que nous avons empruntée à la matière des successions nous offre un exemple de possession positive. L'héritier *ab intestat* qui s'est mis en possession de la succession acquiert par là le droit de critiquer le testament, à quelque époque que ce testament soit produit. Lorsqu'un contrat annulable n'a été ni exécuté, ni annulé dans le délai utile, la possession acquise consiste dans l'inexécution prolongée du contrat. C'est là ce que nous avons appelé possession négative. Dans tous les cas la possession actuelle est indispensable, car qui ne possède pas est réduit à agir; mais il faut encore qu'elle ait commencé à un certain moment et qu'elle présente certains caractères.

a. — ORIGINE DE LA POSSESSION

La possession doit avoir commencé avant qu'un droit irrévocable fût acquis à l'adversaire, c'est-à-dire dans le délai utile pour agir. Elle conserve le droit possédé, pourvu qu'elle remonte à une époque où il existait encore, mais à cette condition seulement. Prenons des exemples.

PREMIER EXEMPLE. — Une personne perd la possession d'un bien et la recouvre ensuite; elle ne pourra invoquer la maxime *quæ temporalia...* à fin de repousser l'action d'une autre personne qui, dans l'intervalle, aurait possédé la chose pendant le temps requis pour prescrire, c'est-à-dire pendant dix à vingt ans avec juste titre et bonne foi ou pendant trente ans à défaut de ces deux conditions. La prescription, en effet, est un *moyen d'acquérir* (712 et 2219). Il en résulte qu'elle éteint absolument le droit de l'ancien propriétaire en même temps qu'elle engendre le droit du nouveau, car la propriété d'une chose ne saurait appartenir à deux personnes à la fois pour le tout. L'effet de la prescription est fort bien indiqué dans les considérants d'un arrêt de la Cour de Bordeaux : « Attendu que la prescription est un *moyen d'acquérir...* qu'on peut donc « l'invoquer non-seulement pour retenir l'immeuble « qu'on possède, mais encore pour ressaisir celui « qu'on a momentanément cessé de posséder... » (1).

(1) Bordeaux, 13 décembre 1848, Sirey 1849, 2, 436.

La prescription est toujours dans notre droit un moyen d'acquérir, les articles 712 et 2219 ne faisant aucune distinction. Nous avons vu, au contraire, qu'en droit romain la prescription de trente ans ne donnait au possesseur qu'une exception contre le propriétaire (1). Cette décision, déjà restreinte par Justinien au cas où le possesseur était de mauvaise foi (2), ne fut pas acceptée par nos anciens jurisconsultes. Dunod, après avoir expliqué que la bonne foi n'est pas une condition de la prescription trentenaire (3), dit que la prescription « donne une propriété entière, l'action et « l'exception, la revendication même contre l'ancien « maître, s'il était rentré en possession de la chose « prescrite (4). »

DEUXIÈME EXEMPLE. — Une femme mariée vend un immeuble sans y être autorisée par son mari ni par la justice, mais elle en garde la possession. Dix ans après la dissolution du mariage, la femme peut encore refuser la tradition à l'acheteur en vertu de la maxime *quæ temporalia...*, car elle a conservé par la possession de l'objet du contrat le droit d'en opposer la nullité. Si la femme avait perdu la possession et l'avait recouvrée avant l'expiration du délai qui lui est accordé pour agir par l'article 1304, elle serait encore en situation d'obtenir par voie de défense l'annulation

(1) L. 3, pr. et 8, § 1, C., 7, 39.

(2) L. 8, § 1, C., 7, 39.

(3) *Traité des Prescriptions*, 3^e éd., 1753, Briasson, p. 39.

(4) *Loco citato*, p. 107.

de la vente. Le fait de la possession contraire au titre est comme une protestation qui empêche le temps d'en purger les vices.

Dans le cas où la femme ne serait pas en possession au moment de l'expiration du délai de dix ans, le contrat deviendrait parfait ; car la prescription du droit d'invoquer la nullité ne saurait être empêchée que par des actes qui lui soient contraires, l'exercice de l'action en nullité ou la possession de l'objet du contrat.

Les auteurs disent souvent et les arrêts répètent que l'exception de nullité ne peut pas être opposée après dix ans par la partie qui a exécuté le contrat. Cela n'est vrai que de celle qui a exécuté après la cessation de son incapacité, l'exécution emportant alors ratification. La partie qui aurait exécuté étant encore incapable pourrait opposer la nullité sans limitation de temps, si par un moyen quelconque elle était rentrée en possession avant la prescription de l'action en nullité. Il est vrai que cette situation n'est pas de nature à se présenter fréquemment ; car, une fois dépouillé, on ne rentre guère dans son bien qu'en exerçant une action. Cette remarque enlève à peu près tout intérêt pratique à l'observation que nous avons cru devoir faire (1). Le contrat exécuté, en effet, ou l'action en nullité sera intentée en temps opportun et la nullité prononcée, ou elle ne le sera pas et la nullité sera couverte, faute de contradiction juridique et de contradiction naturelle.

(1) Cela explique la manière de parler des auteurs et des arrêts que nous avons signalés plus haut. Les uns et les autres se placent au point de vue des faits.

Après ce que nous venons de dire nous n'aurons pas à nous étendre beaucoup sur l'hypothèse dans laquelle la possession du défendeur ne peut être qu'une possession négative. Si on prend pour type l'obligation contractée par un incapable de payer une somme d'argent, la possession consistera à se conduire comme n'étant pas débiteur, c'est-à-dire à ne payer ni capital, ni intérêts. Cela posé, la personne qui ne paie pas ou qui du moins cesse de payer avant la cessation de son incapacité conserve le droit d'opposer la nullité à quelque époque qu'elle soit poursuivie. Quant à la personne qui paie une fois devenue capable, elle ratifie le contrat.

b. — QUALITÉS DE LA POSSESSION

La possession que nous appelons positive doit être une possession *animo domini* et suffisante pour permettre à celui qui a besoin d'invoquer la règle *quæ temporalia* de triompher dans un procès possessoire (1). Sinon, il pourrait être privé de la chose par l'action en complainte de l'adversaire ou d'un tiers et avec elle de la qualité de défendeur qui seule permet de faire valoir un droit par voie d'exception.

Quant à la possession dite négative, il faut qu'elle soit continue et de nature à être reconnue par la loi. cette idée ne peut être éclaircie qu'au moyen d'un

(1) Merlin, *Répert.* V^o *Prescription*, sect. 2, § 25, n^o 6; Troplong, *Prescription*, n^o 835.

exemple. Merlin (1) pose la question suivante. L'époux qui n'a pas agi dans le délai pour faire annuler son mariage peut-il encore opposer la nullité par exception ? La distinction au moyen de laquelle cette question est résolue fera parfaitement comprendre en quoi consiste la qualité que nous avons indiquée par la formule vague : de nature à être reconnue par la loi.

Une fille mineure se marie sans le consentement de son père ; puis elle quitte la maison conjugale, vit seule, devient majeure et laisse passer sans réclamation le délai qui lui est accordé par l'article 183 du Code civil pour attaquer le mariage. Le mari forme alors une demande tendant à obliger sa femme à revenir habiter avec lui. La femme peut-elle exciper de la nullité du mariage ? Est-elle admise à dire : j'ai commencé de vivre comme une femme non mariée avant l'expiration du délai de l'article 183, j'en possède l'état, je puis donc faire juger que mon mariage est nul, suivant la règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ? Non, il ne sert de rien à la femme défenderesse de tenir un pareil langage. Le mariage, en effet, touche à l'ordre public, la possession et la prescription n'y ont pas leur effet ordinaire. Tant qu'on est engagé dans les liens d'un mariage célébré devant l'officier public, on ne saurait se soustraire aux obligations dérivant de la qualité d'époux. La femme était donc tenue d'habiter, avec son mari (art. 214), sans pou-

(1) Répertoire, V^o *Mariage*, sect. 6, § 2.

voir se créer un droit par la violation prolongée de son devoir; suivant l'expression de Merlin, l'acte de mariage la retient bon gré ou mal gré dans « l'état d'épouse. » La femme ne peut pas davantage se prévaloir de ce que son mari a consenti à la laisser vivre séparément ou du moins négligé de l'en empêcher en formant plus tôt une demande en adhésion; car toute convention expresse ou tacite qui aurait pour objet de faire cesser les effets du mariage serait nulle comme contraire à l'ordre public (art. 6). La nullité comme la dissolution du mariage est placée par la loi hors des atteintes de la volonté des époux. Quand même la loi admettait le divorce par consentement mutuel, elle le soumettait à des formes et conditions plus ou moins rigoureuses. En résumé, la règle *quæ temporalia*..... n'est pas applicable. La femme jouit sans doute de sa liberté, mais la possession qu'elle en a n'est pas de nature à être reconnue par la loi.

Modifions un peu l'hypothèse et les choses vont changer d'aspect. Posons que la femme se soit mariée sous le régime de la communauté, (toujours sans le consentement de son père), que le mari soit mort avant la prescription de l'action en nullité, et qu'il n'y ait pas d'enfants issus du mariage. La question de validité du mariage n'a, dans cette nouvelle hypothèse, qu'un intérêt pécuniaire; il s'agit de savoir si les meubles des époux sont tombés en communauté ou demeurés propres à chacun. En admettant que la femme possédât un patrimoine mobilier supérieur à

celui du mari, on voit qu'elle aura grand intérêt à obtenir que le mariage soit déclaré nul. Peut-elle en opposer la nullité même après l'expiration du délai de l'article 183? Oui, et cela est facile à démontrer. La question de validité réduite à un intérêt pécuniaire, pourrait être l'objet d'une convention entre les parties. Rien n'empêche donc, si les héritiers du mari n'agissent pas, que la femme, par une possession *animo domini* des biens tombés de son chef dans la communauté ou par tout autre moyen, n'acquière la situation d'une personne qui n'a pas été valablement mariée et ne conserve ainsi le droit de repousser en tout temps la demande des héritiers du mari à fin de partage, en opposant la nullité du mariage (1).

Dès que la possession a commencé en temps utile et qu'elle réunit les caractères que nous avons énumérés, elle suffit pour assurer la perpétuité du droit de défense. Peu importe que le défendeur ait été troublé par l'adversaire s'il n'a pas été dépossédé. Un arrêt de la Cour de Riom (2) a pourtant admis que la signification avec commandement du titre d'obligation faite par le créancier à l'héritier du débiteur, conformément à l'article 877, met l'héritier en demeure d'exercer l'action en nullité de ce titre, en sorte qu'après dix ans depuis cette signification, il ne pourrait plus l'invoquer même par voie d'exception. La Cour en donne pour motif que, par l'effet de la notification, le débiteur

(1) Ainsi jugé par la Cour de Bruxelles, arrêt du 13 août 1813, rapporté au Répertoire de Merlin, V^o *Mariage*, sect. 6, § 2.

(2) 19 février 1845, Sirey, 1846, 2, 188.

ne peut plus prétendre ignorer l'existence de l'obligation et qu'il est troublé dans son état de tranquillité et d'indépendance vis-à-vis du créancier. Sans doute, mais la perpétuité de l'exception n'est pas fondée seulement sur une présomption d'ignorance de l'action ; elle ne suppose pas non plus un silence absolu de la part du demandeur éventuel. Tant qu'on possède, il est naturel d'attendre l'attaque, fût-on menacé. L'exception ne se prescrit point parce que celui à qui elle appartient ne peut pas l'opposer quand il veut. Nous avons admis que l'arrivée du terme fixé par la loi ne met pas le possesseur en demeure d'agir, pour quoi accorderions-nous plus d'effet à l'interpellation de l'adversaire ? Comment d'ailleurs fixer à la prescription un point de départ autre que celui indiqué par l'article 1304 ? C'est tout ou rien, l'exception se prescrit comme l'action ou elle ne se prescrit pas tant que dure la possession.

SECTION II. — La règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* ne peut pas être invoquée à l'appui d'une réplique.

Les auteurs qui contestent l'application actuelle de notre maxime disent quelquefois que, si elle était admise, elle devrait être appliquée sans distinguer entre la personne qui possède et celle qui ne possède

pas. C'est un moyen commode de rendre une doctrine absurde, pour en avoir plus facilement raison. Voici la réponse. L'adage *quæ temporalia* doit être reçu en droit français par cela seul qu'étant fondé en raison et admis dans l'ancien droit, il n'a pas été abrogé; mais son application doit être maintenue dans les limites qui résultent de son but, de la tradition et au besoin de telle ou telle disposition des lois actuelles. Or, les motifs que nous avons assignés à la règle au début de notre travail ne permettent pas d'en accorder le bénéfice à qui ne possède pas le droit réclamé. La réplique est un moyen d'attaque; or, la perpétuité de l'exception a pour but de faciliter la défense. Le demandeur peut intenter son action quand il veut et par cela même user de son droit de réplique, qui n'est qu'un moyen de renforcer la demande; or, c'est parce que le défendeur ne peut user à son gré de l'exception qu'on lui permet de l'opposer en tout temps. Concluons donc que le droit de répliquer est soumis aux mêmes conditions que le droit d'agir et qu'il se prescrit avec lui. Faisons l'application de ce principe à une espèce.

Pierre assigne Paul en paiement d'une obligation datant de vingt-cinq ans. Paul produit une quittance datant de onze ans. Pierre répond que cette quittance lui a été extorquée par des manœuvres frauduleuses. Paul oppose la prescription décennale (article 1304) et

(1) Beauchet. *Note* sous un arrêt du trib. sup. de Leipsick, Sirey, 1886, 4, 18. — Mercadé, sur l'art- 2262, n° 2.

Pierre prétend l'écarter sous prétexte qu'il demande la nullité de la quittance non par voie d'action, mais par voie de réplique, conformément à la règle *quæ temporalia*... La réplique n'est pas fondée, car le demandeur n'est pas en possession du droit qu'elle a pour objet d'établir. Depuis la délivrance de la quittance le débiteur jouissait de sa liberté tandis que le créancier ne jouissait plus de sa créance. Il en résulte que la réplique constitue une véritable demande tendant à renverser l'état de choses actuel au profit de celui qui ne possède pas et au détriment de celui qui possède (1).

Nous avons trouvé dans la loi 6, au Code, liv. 8, tit. 36, une solution absolument contraire à celle que nous venons de donner ; mais il est facile d'écarter cette loi du débat si on admet l'existence en droit romain d'une action *in factum* perpétuelle ayant pour objet la réparation du dol. Le demandeur, dans l'espèce, ne demande par voie de réplique que ce qu'il pourrait demander par action principale, l'annulation de la quittance. On peut encore justifier la décision de la loi 6 par d'autres raisons qui n'ont plus de force aujourd'hui. Le créancier, comme nous l'avons déjà fait remarquer, si on lui refuse l'action *in factum*, n'a pas d'autre moyen d'obtenir réparation du dommage qui lui a été causé que la *replicatio doli* ; il n'y a donc pas concours, dans l'hypothèse, entre une action et une exception.

(1) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, n° 35 ; Troplong, *Prescription*, n° 832.

Quoiqu'il en soit du sens véritable de la loi 6, une tradition fort ancienne repousse la perpétuité du droit de réplique et fonde la perpétuité du droit d'exciper sur la possession. La grande glose après avoir expliqué la loi 6, comme nous l'avons fait, par l'existence d'une action perpétuelle, dit que le droit de réplique, appuyé seulement sur le droit d'agir, ne dure plus que trente ans depuis que ce terme a été assigné à la durée des actions : *nam tantumdem durat actio, ergo et tantumdem replicatio*. D'autre part nos anciens auteurs, romanistes ou praticiens, expliquent toujours la règle *quæ temporalia* par le motif que le défendeur ne peut opposer l'exception avant d'être poursuivi, plusieurs même poussant cette idée jusqu'à l'excès ne permettaient pas au défendeur d'invoquer la maxime lorsqu'il avait pu exercer son droit par voie d'action ; or le demandeur peut intenter son action lorsque cela lui convient, nous l'avons déjà dit. Enfin, Dunod ne laisse aucun doute sur le dernier état du droit en cette matière. Cet auteur formule ainsi la règle : « les exceptions.... peuvent être proposées en tout temps « et.... durent autant que les actions contre les- « quelles elles ont lieu », en donne le motif ordinaire et ne dit rien des répliques qui ne sont pas comprises sous la dénomination d'*exceptions* lorsque ce dernier terme est opposé à celui d'*action* (1). Un

(1) Dunod, *Traité des Prescriptions*, 3^e éd., 1753, Briasson, p. 106-7.

autre passage est plus probant encore. La question y est présentée sous ses deux aspects. Le bénéfice de la règle est accordé expressément au défendeur qui possède et refusé à celui qui ne possède pas. Un incapable a vendu un héritage sans les formalités nécessaires, jusqu'à quel époque la nullité de la vente pourra-t-elle être proposée? Le jurisconsulte distingue : « Si une femme a vendu.... ou un mineur.... « et que l'acheteur ait possédé en conséquence, on « lui objecterait vainement le défaut d'autorité après « trente ans. Mais si la femme ou le mineur sont « demeurés en possession ou quelqu'autre de leur « part, ils pourront se prévaloir à perpétuité de la « nullité du titre..... et ainsi des cas semblables « auxquels on peut appliquer la règle qui dit : *quæ « temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (1).

La jurisprudence s'est prononcée bien des fois sur la question ; elle a toujours repoussé les prétentions des demandeurs à invoquer la règle *quæ temporalia...* à l'appui d'une réplique, ainsi que nous l'établirons par l'examen de quelques arrêts.

Un mineur donne une quittance et laisse passer dix ans depuis sa majorité sans en demander la nullité. A cette époque, il poursuit le paiement de son ancienne créance. Le débiteur produit la quittance et le mineur demande qu'elle soit déclarée nulle malgré les dix ans écoulés alléguant qu'il réclame la nullité par

(1) Dunod, *loco citato*, p. 79.

voie de réplique. La Cour repousse les prétentions du mineur en disant qu'« il s'est constitué vraiment « partie principale et demandeur en nullité de l'acte qui lui était opposé (1) ». Un autre arrêt avait déjà décidé que la maxime « ne peut être invoquée que par « celui qui, étant en possession, n'a pas besoin de « recourir à d'autres titres tant qu'il n'est pas attaqué, « mais non par celui qui, ayant laissé posséder, « demande l'annulation du titre qu'on lui oppose et « qu'il a laissé confirmer par la possession (2) ». Dans l'espèce, le demandeur intentait une action en pétition d'hérédité ; le défendeur opposait un acte consenti par le demandeur avant qu'il fût majeur ; le demandeur voulait écarter cet acte comme souscrit en minorité bien qu'il ne fût plus dans les délais pour l'attaquer. C'est cette prétention que le considérant rapporté par nous a pour objet de repousser.

La Cour d'appel de Caen a appliqué les mêmes principes à l'hypothèse d'une donation entre époux par contrat de mariage nulle faute de signature des témoins (3). L'époux donataire était resté en possession des biens donnés après que la mort de l'époux donateur avait rendue la donation susceptible d'être expressément ratifiée ou confirmée par la prescription de l'article 1304. Les héritiers du donateur agissaient après dix ans écoulés, la question se posait absolument comme que dans les espèces des

(1) Cass., 27 juin 1837, Sirey, 1838, 1, 426.

(2) Cass., 5 avril 1837, Sirey, 1837, 1, 434.

(3) Caen, 17 nov. 1855, Sirey, 1857, 2, 757.

arrêts de cassation déjà cités; elle fut tranchée de la même manière. L'action des héritiers du mari fut rejetée quoiqu'ils prétendissent n'avoir pu agir en temps utile faute de connaître le vice de la donation (1).

Nous terminerons notre revue de la jurisprudence en signalant une dissidence, plus apparente que réelle, que nous trouvons dans un arrêt de Bordeaux (2). Marie Lacroix avait vendu un immeuble dotal à Charles Rossignol, son fils. Dix ans après la cessation de la dotalité, Charles Rossignol fut poursuivi par ses frères qui demandaient que l'immeuble fût compris au partage de la succession de leur mère commune. Charles Rossignol opposa que l'immeuble lui était acquis, la vente étant devenue parfaite par l'effet de la prescription de l'action en nullité. Les frères alléguèrent qu'ils ignoraient l'existence de la vente et que, l'adversaire la produisant pour la première fois, ils devaient être admis à la critiquer en vertu de la maxime *quæ temporalia* ... La Cour admet la réplique des demandeurs, mais par une raison qui enlève à sa décision toute importance doctrinale dans la question discutée, par la raison que les demandeurs avaient cru que leur frère possédait en qualité d'héritier, et

(1) *Adde*, dans le même sens ; — Bordeaux, 1^{er} juillet 1830 Sirey, 1831, 2, 75 ; — Bastia, 22 mai 1854, Sirey. 1854, 2, 389 ; — Lyon, 20 août 1869, Sirey, 1871, 2, 124 ; — Bordeaux, 27 juillet 1871, Sirey, 1872, 2, 221.

(2) 6 avril 1830, Sirey, 1831, 2, 167.

qu'ils n'avaient à craindre que la prescription de trente ans.

De l'examen auquel nous nous sommes livrés, il ressort qu'une jurisprudence constante refuse d'appliquer la règle *quæ temporalia* au droit de réplique. Si la solution contraire l'eût emporté, c'en était fait des dispositions de la loi sur la prescription des actions. Il suffit, en effet, d'engager l'action d'une certaine manière pour obliger l'adversaire à produire un titre qu'on critique aussitôt, c'est-à-dire qu'on a toujours la possibilité de déguiser une demande qui a cessé d'être recevable sous les apparences d'une simple réplique. C'est ce que faisaient les demandeurs dans les différents cas rapportés ci-dessus. Au lieu d'agir en nullité pour incapacité, vice de forme, dotalité, ils agissaient en paiement, en revendication, en partage, et se donnaient ainsi par leur seule volonté l'apparence de défendeurs à la contestation sur la validité du titre, quittance, donation, vente, qui leur était opposé. On voit par là qu'il ne faut pas seulement s'attacher à l'ordre dans lequel les moyens des parties sont présentés, mais regarder au fond du droit pour décider si telle ou telle prétention constitue véritablement une exception ou une demande.

SECTION III. — La règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, ne peut pas être invoquée à l'appui d'une demande incidente.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que le défendeur se renfermait étroitement dans les limites de la défense, contestant les faits allégués par le demandeur ou leurs conséquences juridiques, l'existence actuelle ou la validité du titre d'action, en un mot, qu'il luttait seulement pour conserver la situation dont il jouissait par rapport au droit sur lequel était fondée la poursuite, comme la personne qui prétend se faire maintenir dans le droit de ne pas exécuter un contrat annulable, ou l'héritier légitime qui refuse de se soumettre aux dispositions d'un testament sujet à critique. La règle *quæ temporalia* s'applique à cette hypothèse, mais à celle-là seulement. Elle doit être écartée lorsque le demandeur oppose à la réclamation du demandeur une autre réclamation pour arriver à la compensation.

C'est alors qu'on peut dire que le défendeur devient lui-même demandeur au point de vue du fond comme au point de vue de la preuve : *reus in excipiendo fit actor*. Le moyen du défendeur, qui prend ainsi l'offensive, ne sera recevable que si le temps donné par la loi pour agir n'est pas encore écoulé, ou, en d'autres termes, les règles de la prescription sont les mêmes

pour les demandes incidentes et pour les demandes principales. Il serait étrange, en effet, qu'un droit dont l'objet ne pouvait être ni réclamé, parce que l'action était éteinte, ni retenu, faute de possession, reprît son efficacité, grâce à la circonstance toute fortuite que la personne à laquelle il appartenait se trouve avoir un procès avec celle au profit de qui la prescription s'était accomplie.

Le principe que nous avons énoncé n'est pas nouveau. Henrys (1) distingue pour l'application de la maxime *quæ temporalia...* « les exceptions viscérales » et connexes qui procèdent de la chose même » et « les exceptions étrangères ». Il conclut que les premières seules sont perpétuelles, non les autres, car elles « tiennent de la reconvention » et « sont plutôt des actions que des exceptions. »

L'exemple suivant, emprunté au même auteur que les citations précédentes, mettra en pleine lumière la portée et les raisons de la limitation qu'il faut apporter à notre règle. Titius assigne un journalier en paiement d'une obligation. Le journalier excipe de quelques salaires qu'il prétend lui être dus. Bien qu'elle n'ait pour but que de diminuer le montant de l'obligation à payer, la demande de salaires n'est pas une véritable défense. On voit de suite que c'est une demande incidente en paiement ne différant en rien d'une demande en paiement principale. Elle ne sera donc recevable que si la dette n'est

(1) *Œuvres*, livre IV, question 178.

pas prescrite. Telle est la décision d'Henrys. Telle est aussi celle que nous devons donner aujourd'hui ; car la prescription est un mode d'extinction des obligations et une manière de se libérer (art. 1234 et 2219). La prescription libératoire de créance éteint le droit lui-même. Ce principe ne permet pas d'admettre la compensation d'une dette prescrite avec une dette exigible. Dans l'hypothèse, le défendeur ne possède pas encore le droit de ne pas payer l'obligation qu'il a souscrite, et il a cessé de posséder, par l'effet de la prescription, la créance de salaires qu'il voudrait opposer en compensation. C'est, au contraire, le demandeur qui possède à la fois la créance réclamée et sa libération de la dette de salaires. Le journalier n'est donc pas dans les conditions voulues pour pouvoir invoquer la maxime *quæ temporalia...*

Nous avons admis en droit romain une solution toute différente de celle qui vient d'être exposée. Cela tient à ce que, dans cette législation, la prescription libératoire portait sur l'action seulement au lieu de porter sur le droit qui demeurerait susceptible de produire les effets attachés à l'obligation naturelle, notamment de servir de base à une exception. L'obligation naturelle étant reconnue par la loi, quoique dépourvue de la sanction ordinaire, le défendeur qui l'opposait en compensation invoquait un droit dont il avait bien réellement la possession. Il n'en est pas de même aujourd'hui ; la prescription ne laisse pas subsister d'obligation naturelle, ou du moins d'obligation

naturelle susceptible de produire effet sans le consentement du débiteur (1).

Merlin (2) s'approprie les idées d'Henrys, qui sont comme le résumé des développements que nous avons présentés, et cite un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1808 qui, suivant lui, les aurait appliquées à l'occasion d'une demande en restitution de droits d'enregistrement.

Nous n'invoquerons pas l'autorité de cet arrêt parce que la règle *quæ temporalia...*, dans l'espèce, devait être écartée, quand bien même elle serait applicable aux demandes incidentes, et cela pour deux raisons : 1° D'après les termes de l'arrêt tel qu'il est rapporté au répertoire de Merlin et au Sirey chronologique, l'individu dont les prétentions furent repoussées semble demandeur principal plutôt que demandeur incident ; 2° le délai de deux ans accordé par l'article 61 de la loi du 12 frimaire an VII nous paraît avoir le caractère d'un délai préfix.

Nous refusons le bénéfice de notre maxime au défendeur, quand l'objet de la demande incidente formée par lui, est absolument étranger à l'objet de la demande principale ; nous le lui accorderions, au contraire, si les deux demandes étaient intimement liées l'une à l'autre, par exemple, si elles étaient basées sur un même contrat ou un même quasi-contrat. La question se pose, toutes les fois que les actions

(1) Comparer Dunod, *Traité des Prescriptions*, 3^e éd. 1753, Briasson, p. 108-9.

(2) *Rép.*, V^e *Prescription*, sect. 2, § 25, n^o 2.

dérivant de part et d'autre d'un même fait juridique ne sont pas soumises à des prescriptions d'égale durée, soit que l'une des obligations fût affectée d'un terme ou d'une condition, soit que la prescription ait été suspendue au profit de l'une des parties, soit que la loi elle-même ait établi pour les deux actions des prescriptions d'une durée différente. L'espèce suivante s'est présentée récemment dans la pratique. Une compagnie de chemin de fer réclame le prix d'un transport de marchandises après la prescription de l'action en responsabilité pour perte ou avaries (2262, Code civil, et 108, Code de commerce. Le défendeur répond que les marchandises ont été détériorées par la faute de la compagnie, et qu'alléguant ce fait par voie de défense la prescription de l'article 108 du Code de commerce ne lui est pas opposable. La Cour de Besançon (1), décide que la demande incidente n'est pas recevable, car « la demande en paiement d'indemnité, n'est point
« une exception pouvant faire rejeter la demande en
« paiement du prix de transport ; ces demandes forment
« deux actions entièrement distinctes par leur objet
« et par leur cause... si elles peuvent être opposées
« l'une à l'autre pour arriver à déterminer et à liqui-
« der les droits des parties, c'est à la condition que
« l'une de ces actions n'ait pas dépéri, dans les mains
« de celui qui veut l'invoquer. »

Est-il exact de dire, comme le fait la Cour, que la

(1) 14 nov. 1886, Sirey, 1887, 2. 225.

demande en responsabilité n'est pas une exception ? Non, car l'exception en droit civil ou commercial est tout moyen tendant à faire rejeter la demande. Or, dans l'espèce, le défendeur prétend seulement conserver la situation qu'il possède, sa prétention est étroitement liée à la demande principale dont elle est la contradiction naturelle. La compagnie réclame l'exécution du contrat de transport, le défendeur répond : exécutez-le vous-même dans la mesure où cela est nécessaire pour ne pas troubler la situation que vous m'avez laissée jusqu'ici. Du reste le défendeur ne peut que faire rejeter la demande en paiement du prix de transport, mais non obtenir l'entière réparation du dommage causé ; car réclamer une somme supérieure au prix encore dû serait intenter une véritable action contre la compagnie (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, t. I, n° 933. — Boistel, *Précis de droit comm.*, n° 577. — Lyon-Caen, *Note* sous l'arrêt de Besançon.

CHAPITRE VI

La règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* dans les pays étrangers régis par le code Napoléon.

Nous avons admis avec la majorité des jurisconsultes français que le Code civil a consacré la maxime *quæ temporalia...* tant comme règle générale que comme règle applicable en matière de nullités relatives. Telle est aussi la doctrine proclamée avec un remarquable ensemble par la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel. Il sera intéressant d'indiquer le système admis par les auteurs ou la jurisprudence dans les pays étrangers qui ont conservé notre Code plus ou moins modifié, Belgique, Pays Rhénans, Italie.

Belgique. — Deux arrêts de la Cour d'appel de Gand, l'un du 2 février 1834, l'autre du 19 février 1841 ont décidé que la prescription décennale éteint l'exception de nullité aussi bien que l'action.

Nous devons remarquer que la question n'est tranchée qu'incidemment par l'arrêt de 1841; car, dans l'espèce, le contrat attaqué avait été exécuté, ce qui permettait d'écarter l'application de la règle *quæ temporalia...*, même en la supposant établie. L'arrêt de 1834 (1) est longuement motivé; Laurent,

(1) *Pasicrisie*, 1834, 2, 29.

que nous avons déjà rencontré parmi les adversaires de notre maxime, en trouve l'argumentation péremptoire (1). Il y aurait beaucoup à dire là-dessus, mais nous ne voulons pas recommencer une discussion déjà épuisée. Bornons-nous à remarquer que l'arrêt débute par une pétition de principe évidente : « Attendu que l'article 1304, en disant que « *les actions en nullité ou en rescision ne durent que dix ans, ne distingue pas entre l'action et l'exception.* »

Pays Rhénans. — Le tribunal supérieur de Leipsick jugeant comme Cour de cassation, a refusé d'appliquer la règle *quæ temporalia...* dans l'hypothèse d'un contrat nul pour avoir été passé par le tuteur au nom du mineur sans l'observation des formes prescrites. La question avait été tranchée dans le même sens par le tribunal de première instance de Coblenz et le tribunal d'appel de Cologne avant que l'affaire fût portée au tribunal supérieur de Leipsick (2). Il est bon d'observer que la décision des tribunaux allemands est contraire à l'opinion de Zachariæ (3).

Italie. — Le code civil italien de 1866, qui n'est que le code Napoléon révisé, consacre expressément la règle *quæ temporalia...* L'article 1300 établit une prescription de cinq ans pour les actions en nullité et l'article 1302 décide que cette prescription ne s'applique pas à l'exception de nullité.

(1) *Principes*, t. 19, n° 59.

(2) Tribunal d'Empire, Sirey, 1886, 4, 17.

(3) *Traduction* Massé et Vergé, § 855.

POSITIONS

Positions prises dans la Thèse.

DROIT ROMAIN

I. — L'obligation alternative ne se confond pas avec l'obligation *generis subalterni*. (V. p. 6).

II. — Le *jus eligendi* passe à l'héritier du créancier et au cessionnaire de la créance (V. p. 38).

III. — Lorsque l'un des deux objets de l'alternative a péri par cas fortuit, le débiteur ne peut pas se libérer en en payant la valeur, il doit donner l'autre objet (V. p. 61).

DROIT FRANÇAIS

I. — La maxime *quæ temporalia*..... était admise dans le dernier état de l'ancien droit avec un sens tout à fait général (V. p. 104).

II. — La maxime *quæ temporalia*..... doit être appliquée en matière de nullité ou rescision de conventions (V. p. 119).

III. — La maxime *quæ temporalia*..... ne peut pas être invoquée à l'appui d'une réplique (V. p. 154).

Positions prises en dehors de la Thèse.

DROIT ROMAIN.

I. — A l'époque classique la stipulation sous condition résolutoire était nulle.

II. — La preuve de l'inexistence de la dette doit être faite dans tous les cas par la personne qui intente la *condictio indebiti*.

III. — C'est à la nature du fonds dominant qu'il faut s'attacher pour déterminer si une servitude est urbaine ou rurale.

IV. — Le simple pacte engendre une obligation naturelle.

DROIT CIVIL

I. — Une femme peut par contrat de mariage se rendre incapable de cautionner son mari.

II. — Un compte de mitoyenneté ne peut être opposé aux tiers acquéreurs que s'il a été transcrit.

III. — La possession d'état prouve la filiation naturelle.

IV. — La femme séparée de biens ne peut aliéner son mobilier que dans la limite nécessaire à l'administration.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le syndic peut aliéner les rentes sur l'Etat appartenant au failli.

II. — Le porteur d'une lettre de change a un droit de préférence sur la provision en cas de faillite du tireur.

HISTOIRE DU DROIT

I. — La communauté conjugale tire son origine des sociétés taisibles.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Le juge de droit commun en matière administrative est le ministre.

VU PAR LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE :

J. E. LABBÉ.

Vu par le Doyen :

COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

APPENDICE

L'obligation alternative et l'obligation corréale

On a comparé quelquefois l'obligation alternative et l'obligation corréale. Dans l'une le choix s'exerce entre plusieurs choses, dans l'autre il s'exerce entre plusieurs personnes. « Là, dit M. Feder (1), c'est « l'objet qui est *in pendent*, là c'est le sujet. » Cette manière de parler peut se réclamer de divers textes où les mots *eligere*, *electio*, sont employés pour indiquer que le créancier agit contre l'un des *correi debendi*; mais nous devons remarquer que les conditions du choix sont absolument différentes suivant qu'il s'agit d'alternative ou de corréalité.

Le choix, au cas d'obligation alternative, appartient à l'une seulement des parties, il appartient dans une certaine mesure à l'une et à l'autre, au cas d'obligation corréale. S'il y a plusieurs *correi debendi*, chacun d'eux peut obliger le créancier à recevoir, et le créancier peut obliger chacun d'eux à payer. S'il y a plusieurs *correi stipulandi*, chacun d'eux peut poursuivre le débiteur, mais avant l'exercice de l'action le débiteur peut payer à qui il lui plaît parmi

(1) *De la Corréalité*, thèse de doctorat p. 20.

les créanciers. Le droit de choisir résulte, pour le créancier qui stipule un objet de plusieurs débiteurs, de la nature même du contrat, tandis que le créancier alternatif ne jouit de ce droit qu'en vertu d'une réserve expresse. Enfin, et c'est le point capital, la règle de l'indivisibilité du choix ne s'applique pas en matière d'obligation corréale. Tandis que le créancier alternatif ne peut demander que l'un des objets tout entier, le créancier de plusieurs *correi debendi* peut poursuivre chacun d'eux pour partie (1). De même, le débiteur alternatif ne peut offrir une part de chaque objet, tandis que les *correi debendi* pourraient s'acquitter chacun qu'une part de la dette, s'ils offraient de s'exécuter tous simultanément. La raison de cette différence est facile à comprendre. Au cas d'alternative, le débiteur souffrirait un préjudice, s'il était tenu de payer des parts de plusieurs objets, et le créancier également, s'il était tenu d'accepter un pareil paiement. Au cas de corréalité, les débiteurs n'ont pas à se plaindre dès que le créancier ne demande qu'une fois ce qui lui est dû, ni le créancier dès que les débiteurs lui offrent un paiement intégral.

(1) L. 3, § 1, D., 45-2.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I ^{er} . — NATURE DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE..	5
SECTION I. — Caractère général de l'obligation alternative.....	5
SECTION II. — Comparaison de l'obligation alternative et de la <i>facultas alternativa</i>	17
SECTION III. — Comparaison de l'obligation alternative et de l'obligation pénale.....	18
CHAPITRE II. — SOURCES DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE..	22
CHAPITRE III. — DU <i>jus eligendi</i> ET DE QUELQUES POINTS QUI S'Y RATTACHENT.....	29
SECTION I. — A' qui appartient le <i>jus eligendi</i> ?.....	29
SECTION II. — Du <i>jus variandi</i>	32
SECTION III. — Le <i>jus eligendi</i> est-il attaché à la personne?.....	36
SECTION IV. — Indivisibilité du <i>jus eligendi</i>	39
SECTION V. — Du cas où le choix a été laissé à la volonté d'un tiers.....	41
CHAPITRE IV. — DES EFFETS DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE PENDANTE.....	43
SECTION I. — De la responsabilité et de la demeure..	43
SECTION II. — L'obligation alternative et la novation.	46
SECTION III. — L'obligation alternative et la fidéjussion.....	48
SECTION IV. — Legs d'une créance alternative.....	50
CHAPITRE V. — SOLUTION DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE.	53
SECTION I. — Du paiement.....	54
SECTION II. — Du cas fortuit et de la faute.....	60
§ I. — Du cas fortuit.....	60
§ II. — De la faute.....	71
§ III. — Appendice à la théorie de la perte fortuite et de la faute.....	75
CHAPITRE VI. — COMPARAISON DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE EN DROIT ROMAIN AVEC L'OBLIGATION ALTERNATIVE EN DROIT FRANÇAIS..	78

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.....	83
CHAPITRE I ^{er} . — JUSTIFICATION THÉORIQUE DE LA RÈGLE..	87
CHAPITRE II. — ORIGINE DE LA MAXIME <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i>	92
SECTION I. — Le droit romain.....	92
SECTION II. — L'ancien droit français.....	104
CHAPITRE III. — LA MAXIME <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> DANS LE DROIT ACTUEL.....	109
SECTION I. — Elle est admise à titre de règle générale.....	109
SECTION II. — LA MAXIME <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> doit être appliquée même en matière de nullité ou rescision de conventions.	119
CHAPITRE IV. — LA règle <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> NE S'APPLIQUE PAS AUX DÉLAIS PRÉFIX.....	134
CHAPITRE V. — LA MAXIME <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> NE PEUT ÊTRE INVOQUÉE QUE PAR LA PERSONNE QUI POSSÈDE.....	143
SECTION I. — En quoi consiste la possession requise.	145
a. — Origine de la possession.....	146
b. — Qualités de la possession.....	149
SECTION II. — La règle <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> ne peut pas être invoquée à l'appui d'une réplique.....	153
SECTION III. — La règle <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> ne peut pas être invoquée à l'appui d'une demande incidente.....	161
CHAPITRE VI. — LA RÈGLE <i>quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> DANS LES PAYS ÉTRANGERS RÉGIS PAR LE CODE NAPOLÉON.....	167

ERRATA

PAGES NOTES LIGNES

5	..	11	Au lieu de : <i>objet entre</i> , lire : <i>objet, entre</i> .
10	3	2	Au lieu de : <i>D.</i> , 25-5, lire : <i>D.</i> , 23-5.
11	4	..	Au lieu de : <i>Vorselungen</i> , lire : <i>Vorlesungen</i> .
18	..	15	Au lieu de : <i>cas, d'obligation</i> , lire : <i>cas d'obligation</i> .
26-27	..	..	Lire à la suite de la page 26 la dernière ligne de la page 27.
30	..	27	Au lieu de : <i>D 18-17</i> , lire : <i>D.</i> , 18-1
47	..	21	Au lieu de : <i>définive</i> , lire : <i>définitive</i> .
64	..	7	Au lieu de : 20, lire : 10.
65	..	23	Au lieu de : <i>commitenda</i> , lire : <i>committenda</i> .
67	..	25	Au lieu de : <i>bien</i> , lire : <i>lien</i> .
68	..	20	Au lieu de : <i>pænam promissori</i> , lire : <i>pænam promissoris</i> .
68	..	27	Au lieu de : <i>si : forte</i> , lire : : <i>si forte</i> .
69	..	9-10-11	Ne pas tenir compte des guillemets et ne pas aller à la ligne.
69	..	19	Au lieu de : <i>constitum</i> , lire : <i>constitutum</i> .
70	..	18	Au lieu de : <i>débarrassés</i> , lire : <i>débarrassés</i> .
75	..	16	Au lieu de : <i>par ce que</i> , lire : <i>parce que</i> .
87	..	15	Au lieu de : <i>chose</i> , lire : <i>choses</i> .
88	..	21	Au lieu de : <i>peut-être</i> , lire : <i>peut être</i> .
89	..	11	Au lieu de : <i>légtime</i> , lire : <i>légitime</i> .
90	..	5	Au lieu de : <i>doctrine, que</i> , lire : <i>doctrine que</i> .
92	..	10	Au lieu de : <i>un sponsio</i> , lire : <i>une sponsio</i> .
99	..	11	Au lieu de : <i>enchérissement</i> , lire : <i>enrichissement</i> .
101	..	29	Au lieu de : <i>exiper</i> , lire : <i>exciper</i> .
104	..	14	Au lieu de : <i>exiger</i> , lire : <i>exciper</i>
104	1	..	Au lieu de : <i>p. liv. 4, 361</i> , lire : <i>p. 361, liv. 4</i> .
127	..	4	Au lieu de : <i>exciper la</i> lire <i>exciper de la</i> .
127	..	7	Au lieu de : <i>reverser</i> , lire : <i>renverser</i> .

PAGES NOTES LIGNES

136	..	23-24	Au lieu de : <i>Savigny (3). En théorie</i> : lire, <i>Savigny (3), en théorie</i> .
144	..	1	Au lieu de : <i>peut être</i> , lire : <i>peut-être</i> .
151	..	1	Au lieu de : <i>pas</i> , lire : <i>pas (1)</i> .
154	1	..	Au lieu de : <i>Mercadé</i> , lire : <i>Marcadé</i> .
157	..	6	Au lieu de : <i>quel époque</i> , lire : <i>quelle époque</i> .
158	..	23	Au lieu de : <i>rendue</i> , lire : <i>rendu</i> .
158	..	27	Au lieu de : <i>comme que dans</i> , lire : <i>comme dans</i> .
161	..	14	Au lieu de : <i>demand-eur</i> , lire : <i>défendeur</i> .
166	..	13-14	Au lieu de : <i>répation</i> , lire : <i>réparation</i> .

